

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA PUBLICITÉ

ET

LA SPÉCIALITÉ DES HYPOTHEQUES

DANS LEURS RAPPORTS AVEC LA PROTECTION DES INCAPABLES

LOI BELGE DU 16 DÉCEMBRE 1851

PROJETS DE RÉFORME FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 25 mai 1908, à 2 h. 1/2

PAR

Georges CASTIAU

Président : M. A. COLIN, professeur.
Suffragants { MM. AUDIBERT, professeur.
CARPENTIER, chargé de cours.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e Arr^t.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1908

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA PUBLICITÉ

ET

LA SPÉCIALITÉ DES HYPOTHÈQUES

DANS LEURS RAPPORTS AVEC LA PROTECTION DES INCAPABLES

LOI BELGE DU 16 DÉCEMBRE 1851

PROJETS DE RÉFORME FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 25 mai 1908, à 2 h. 1/2

PAR

Georges CASTIAU

Président : M. A. COLIN, professeur.

Suffragants { MM. AUDIBERT, professeur.
CARPENTIER, chargé de cours.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e Arr^t.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1908



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A MON PÈRE

A TOUS LES MIENS, PARENTS ET AMIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA

PUBLICITÉ ET LA SPÉCIALITÉ DES HYPOTHÈQUES

DANS LEURS RAPPORTS AVEC LA PROTECTION DES INCAPABLES

Loi Belge du 16 Décembre 1851

PROJETS DE RÉFORME FRANÇAIS

INTRODUCTION

La publicité et la spécialité sont les deux principes fondamentaux sur lesquels, d'après l'avis unanime des jurisconsultes, tout bon régime hypothécaire doit s'appuyer.

Qu'est-ce donc que cette publicité et cette spécialité, et quels sont les avantages que l'on reconnaît à l'application intégrale de ces deux principes en notre matière ?

L'hypothèque étant un droit conventionnel est par là même un droit naissant sans que rien ne vienne révéler au public son existence; et cependant les tiers sont au plus haut point intéressés à savoir si un immeuble est grevé ou non d'hypothèque. L'hypothèque en effet est un démembrement de la propriété et diminue par sa présence la valeur de l'immeuble, diminution de valeur qu'il est indispensable de porter à la connaissance des futurs acquéreurs de l'immeuble et des créanciers. La publicité des hypothèques répond à ce besoin, en subordonnant l'efficacité du titre hypothécaire à l'accomplissement de certaines formalités extrinsèques qui permettront aux tiers de savoir exactement quelles sont les charges qui grèvent un immeuble qu'ils désirent acquérir ou qu'ils voudraient se voir donner en garantie.

La spécialité est le complément indispensable de la publicité sans laquelle cette publicité serait inefficace. D'ailleurs sous ce nom de spécialité on peut distinguer deux choses : la spécialité proprement dite, ou spécialité des créances garanties, qui exige que l'hypothèque ne serve de gage qu'à des créances dont le montant est déterminé, et la détermination ou spécialité du gage hypothécaire qui veut que l'hypothèque ne porte que sur un immeuble déterminé.

Ces deux principes sont indispensables au bon fonctionnement du régime hypothécaire et la non application de l'un ou l'autre nuira aux intérêts soit des créanciers, soit des acquéreurs de l'immeuble, soit du débiteur lui-même qui sont les trois personnes à qui la loi, par ses dispositions, doit assurer soit la sécurité du placement ou de l'acquisition, soit la facilité de l'emprunt sur hypothèque.

Pour le créancier tout d'abord il est nécessaire qu'il sache si le crédit de son débiteur est entier ou s'il n'est pas déjà diminué par des constitutions antérieures d'hypothèques, et

dans ce dernier cas il doit être à même de connaître dans quelle mesure a eu lieu cette diminution. Il faut donc que toutes les hypothèques prises sur un immeuble quelconque soient rendues publiques et de plus ce n'est que par la spécialisation des créances garanties que le créancier connaîtra le passif hypothécaire du débiteur.

Pour les acquéreurs de l'immeuble eux aussi, la publicité et la spécialité sont choses indispensables. Le droit d'hypothèque conférant un droit de suite au créancier, ce droit peut s'exercer contre n'importe quel détenteur de l'immeuble hypothéqué. L'acquéreur d'un immeuble, afin de s'éviter une éviction future, doit pouvoir savoir si cet immeuble est grevé d'une hypothèque et c'est la publicité qui lui en fera connaître l'existence; en outre, si l'immeuble est hypothéqué, l'acquéreur, pour être à l'abri, doit procéder à la purge et alors il est nécessaire qu'il sache, et quel immeuble est grevé, et quel est le montant exact de la dette à l'acquittement de laquelle l'immeuble servait de garantie, de là la spécialisation de l'immeuble grevé et la détermination des créances garanties.

Pour le débiteur, son intérêt est de pouvoir obtenir le plus d'emprunts sur son immeuble et pour ce faire il faut que les hypothèques présentes laissent voir la valeur de l'immeuble qui reste non grevée; cette condition ne sera remplie que par la publicité et la connaissance qu'auront les tiers du montant exact du passif hypothécaire actuel.

On peut juger, par ce rapide aperçu, de quelle utilité sont la publicité et la spécialité pour la bonne organisation du crédit public, et cependant dans notre législation il s'en faut de beaucoup que ces deux principes soient strictement appliqués : l'hypothèque que le code civil accorde à la femme mariée et aux personnes en tutelle est dispensée de publicité

et de spécialité, l'hypothèque judiciaire est générale quant aux biens qu'elle grève et enfin l'hypothèque conventionnelle se transforme souvent en hypothèque générale.

Depuis très longtemps en France on s'occupe de la réforme du régime hypothécaire à ce point de vue, et déjà des peuples qui nous ont emprunté notre code l'ont réformé en cette partie. Notre intention est d'étudier ici l'application de la publicité et de la spécialité aux hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, en nous rendant compte tout d'abord de ce qu'a fait en ce sens une législation issue de la nôtre, la législation belge, et en examinant ensuite les projets de réforme français. Toutefois il nous paraît indispensable, avant d'entrer dans l'exposition du régime belge, de procéder à une rapide étude historique et de faire connaître les projets de réforme français dont le parlement belge s'est fortement inspiré pour faire aboutir sa réforme le 16 décembre 1851.

PREMIÈRE PARTIE

Histoire de la publicité et spécialité hypothécaires principalement en ce qui concerne les hypothèques légales.

CHAPITRE PREMIER

DROIT GREC

L'hypothèque, comme l'indique son nom (ὑποθήκη, vient de ὑποτιθημι, mettre dessous, parce que celui qui donnait son héritage en garantie à un créancier était tenu de placer le fonds sous une marque visible de l'engagement), est d'origine grecque et c'est aux Athéniens que revient l'honneur de l'avoir imaginée avec ses compléments : la publicité et la spécialité.

Les Athéniens, comme tous les autres peuples, eurent comme première forme de gage immobilier, la vente à réméré. Mais ce moyen avait le très grand inconvénient de déposséder actuellement le débiteur et c'est alors que vint aux Athéniens la conception de l'hypothèque. Au lieu de transférer immédiatement la propriété de l'immeuble donné en gage au créancier, ils se contentèrent de lui accorder le

droit de retenir l'immeuble si à l'échéance la dette n'était pas payée.

On voit donc que l'hypothèque athénienne n'avait rien de commun avec l'hypothèque moderne. Alors qu'aujourd'hui on admet en général que l'hypothèque ne confère qu'un droit de suite et qu'un droit de préférence, c'est-à-dire deux droits qui permettent au créancier non payé à l'échéance de saisir l'immeuble et de le faire vendre pour que le prix de cette vente soit affecté au paiement de sa créance par préférence aux droits des autres créanciers, l'hypothèque grecque avait un effet beaucoup plus radical et opérait comme opérerait de nos jours un pacte commissaire, si son adjonction au titre constitutif de l'hypothèque était admise chez nous : si à l'échéance la dette n'était pas acquittée, l'immeuble qui servait de garantie au paiement de cette dette devenait la propriété du créancier par le seul effet du non paiement; autrement dit le créancier avait sur l'immeuble donné en gage un droit de propriété conditionnel et à terme, l'hypothèque était une dation en paiement conditionnelle et non une sûreté. Il en résultait que le débiteur ne pouvait, sans le consentement du créancier, constituer sur le même immeuble une seconde hypothèque, car cet immeuble était éventuellement engagé pour le tout.

Ce n'est que beaucoup plus tard, vers le premier siècle avant notre ère, que l'hypothèque grecque perdit ce caractère forfaitaire par l'adjonction de clauses permettant soit au créancier d'exiger l'excédent s'il n'était pas complètement désintéressé par l'attribution du gage hypothécaire, soit au débiteur d'exiger le paiement de la différence, si ce gage dépassait le montant de la créance impayée. De cela est résulté pour le débiteur le droit de consentir une seconde hypothèque sur l'excédent de valeur.

Le droit grec connaissait deux sources d'hypothèques : la convention et le testament. Mais connaissait-il aussi les hypothèques légales en faveur du mineur et de la femme mariée ? Il est bien vrai que l'on rencontrait dans ce droit l'existence d'une hypothèque du mineur et de la femme mariée, hypothèque que les auteurs désignent sous le nom d'ἀποτιμημα ; mais il semble bien, comme le dit M. Dareste ⁽¹⁾, que « ce n'était pas à proprement parler une hypothèque légale, mais que l'usage imposait au tuteur l'obligation de donner des garanties suffisantes ; qu'il pouvait, au reste, y être contraint, soit par les parents du mineur, soit par l'archonte ». L'hypothèque du mineur et de la femme mariée n'était donc pas concédée de plein droit par la loi, mais elle était d'un usage constant, comme nous en fait foi le retour fréquent du mot ἀποτιμημα chez les auteurs grecs et comme le témoigne le *Corpus Inscriptionum Atticarum* de M. Kohler, où l'on trouve dix-huit inscriptions qui sont prises au nom de mineurs sur les biens de leurs tuteurs, ou par la femme contre son mari pour sûreté de sa dot ; ces hypothèques, reconnues par l'usage, participaient au régime de publicité et de spécialité établi pour les hypothèques conventionnelles et testamentaires, régime que nous allons maintenant passer en revue.

A Athènes, la mainmise du créancier sur le fonds de son débiteur se manifestait aux tiers par une inscription placée sur l'immeuble lui-même, au moyen d'ὄροι. Ces ὄροι étaient des tablettes de bois fixées sur la maison ou des stèles de pierre plantées sur le champ hypothéqué. Le public était donc averti qu'une hypothèque quelconque grevait l'immeuble sur lequel se trouvait ainsi un de ces ὄροι.

⁽¹⁾ *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1885, Les inscriptions hypothécaires en Grèce, par R. Dareste, p. 5.

Mais ces *ὑποτ* contenaient de plus certaines mentions. On y trouve en général : 1° les noms du débiteur et du créancier ; le nom du débiteur paraît inutile, car l'inscription est placée sur l'immeuble même de ce débiteur ; 2° la nature de l'objet donné en garantie ; 3° le montant de la créance garantie par l'inscription. Ces formalités se rapprochent sensiblement des mentions qu'aujourd'hui notre loi exige dans les bordereaux d'inscription hypothécaire ; il est toutefois bon de remarquer, comme différence sensible, que les *ὑποτ* ne contenaient pas mention de la date de l'engagement ; cette différence s'explique par la différence de la nature de l'hypothèque : A Athènes, l'hypothèque s'est longtemps pratiquée sous forme de dation en paiement conditionnelle ; dès lors, l'immeuble ne peut être engagé qu'une seule fois, il n'y a pas de place pour une seconde hypothèque, donc pas de concours entre créanciers hypothécaires ; de là l'absence, dans les *ὑποτ*, de la date de l'engagement qui servirait à régler les droits respectifs des créanciers. Ce n'est que dans de plus récentes inscriptions que l'on trouvera mention de la date, car alors le droit grec aura admis la possibilité de secondes hypothèques.

Voilà donc les mentions que l'on trouvait sur ces *ὑποτ*.

Ces *ὑποτ*, par leur seule présence sur un fonds, établissaient la publicité de l'hypothèque et de plus la spécialité du gage hypothécaire, car chaque fonds hypothéqué devait avoir une inscription ; cette inscription indiquait le montant de la dette à l'acquittement de laquelle le fonds était destiné : c'était la spécialité de la créance. Le droit grec, qui, donc, eut le premier l'idée de l'hypothèque, l'établit avec ses caractères qui aujourd'hui nous paraissent indispensables, c'est-à-dire la publicité et la spécialité, et cela pour toutes les hypothèques, quelle qu'en fût la source.

Nous allons voir maintenant quelle fut l'influence malheu-

reuse du droit romain en notre matière, qui rendit l'hypothèque occulte et générale, de publique et spéciale qu'elle était à l'origine.

CHAPITRE II

DROIT ROMAIN

SECTION PREMIÈRE

PUBLICITÉ ET SPÉCIALITÉ DES HYPOTHÈQUES EN GÉNÉRAL

Ce n'est qu'assez tard que les Romains ont connu les garanties réelles, et même lorsqu'ils les eurent mis en usage ils continuèrent pendant longtemps à leur préférer les garanties personnelles. Aussi ce ne sera qu'à l'époque classique que l'on trouvera la théorie de l'hypothèque complètement établie, son apparition étant due au prêteur.

Le premier essai d'établissement d'une sûreté réelle se trouve dans l'aliénation fiduciaire, la *fiducia cum creditore*. Elle consistait dans l'aliénation par le débiteur, au moyen de la mancipation ou *in jure cessio*, du bien qu'il voulait donner en gage; le créancier devenait propriétaire, seulement à la mancipation ou à l'*in jure cessio* on adjoignait un pacte de fiducie, par lequel l'acquéreur du bien, c'est-à-dire le créancier, s'engageait à en retransférer la propriété au débiteur si au terme convenu la dette était payée. Par ce moyen, l'aliénation fiduciaire était rendue publique par le seul fait qu'elle était réalisée par des modes de transfert solennels qui avaient une publicité de fait.

Malheureusement la fiducie avait de très graves inconvénients, et bientôt, à côté d'elle, on vit s'implanter comme autre

sûreté réelle, le gage, le *pignus*. Le débiteur, ayant aliéné sa chose, n'avait plus sur elle ni droit de vente, ni droit de préférence, il n'avait qu'un droit de créance sanctionné par l'action fiduciaire et encore n'eut-il cette action qu'assez tard. Si donc le créancier auquel la chose avait été donnée en garantie l'avait aliénée, il l'avait fait à bon droit, puisqu'il était propriétaire, et la chose ne pouvait plus être réclamée au tiers acquéreur. De plus, si l'acquéreur fiduciaire devenait insolvable, l'aliénateur ne pouvait pas non plus la reprendre car il n'était qu'un créancier comme les autres. C'est alors qu'on imagina le *pignus* : le débiteur, au lieu de transférer au créancier la propriété de la chose qu'il voulait lui donner en nantissement, ne lui en conférait plus que la possession, de la sorte le débiteur, restant propriétaire, conservait le droit de suite et de préférence. Mais la sûreté dont jouissait le créancier était moins efficace qu'avec la fiducie ; dans cette dernière, étant propriétaire de la chose, il était complètement à l'abri ; dans le gage, au contraire, il n'a plus que la possession et si la chose passe en des mains étrangères il n'a plus la *rei vindicatio*, il n'a qu'un moyen de recouvrer la possession, les interdits, qui assurent une protection beaucoup moindre : la revendication est une action réelle pétitoire donnée en tout temps contre toute personne, tandis que les interdits possessoires sont donnés seulement pendant un certain délai contre certaines personnes.

Le gage constituait donc une sûreté insuffisante pour le créancier, et de plus ruineuse pour le débiteur : non seulement, comme avec la fiducie, il épuisait avec le gage son crédit du premier coup, mais encore, comme également dans la fiducie, il perdait la possession de sa chose. Sans doute la pratique avait obvié à ce grave inconvénient : Le créancier soit dans la fiducie, soit dans le gage, rétrocédait

la possession de la chose, soit par une concession précaire, soit par un louage : « *Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem : potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti* », (1) mais cela n'était pas suffisant et on devait en arriver à l'hypothèque.

L'hypothèque est un droit né de la législation prétorienne ; mais sa théorie ne fut pas élaborée en une seule fois, ce ne fut que par des réformes successives qu'elle fut constituée et, à travers les transformations successives de ce droit, on constatera ce phénomène : l'hypothèque romaine née spéciale devenir générale.

L'hypothèque devait naître de l'impossibilité de fait où l'on se trouvait de constituer en gage les meubles apportés par le locataire, les *invecta* et *illata*, dans un cas particulier ; au début de l'Empire on admit que les meubles destinés à garnir et à exploiter la chose louée, apportés par le locataire, seraient affectés par la simple convention, sans remise matérielle, à la garantie de la dette résultant des loyers ou fermages.

Le bailleur, s'il n'est pas payé à l'échéance, peut alors prendre possession des choses affectées à la garantie, c'est un gage différé.

Pour les baux à loyer, on trouve la preuve que les *invecta* et *illata* étaient affectés à la sûreté du propriétaire dans ce fait que le locataire est protégé par un interdit, l'interdit *de migrando*, contre les abus que pouvait commettre le bailleur dans l'exercice de son droit ; grâce à cet interdit, le locataire pouvait déménager malgré l'opposition du propriétaire s'il a payé son loyer (2).

(1) Florentinus, Dig., 13. 7, *De pignoratitia actione*, 35. 1,

(2) *Hoc interdictum proponitur inquilino, qui soluta pensione vult migrare*, Ulpian, IV, § 32, Dig., *De migrando*, 1. 1.

Pour les baux à ferme, la surveillance est beaucoup plus difficile et le colon aurait pu emporter ses meubles alors que le bailleur, s'il habite la ville, aurait été dans l'absolue impossibilité de l'en empêcher; c'est alors que le prêteur lui accorda un interdit, l'interdit salvien, par lequel le bailleur pouvait rentrer en possession des objets frauduleusement soustraits à son gage par le fermier; toutefois cet interdit ne lui conférait aucun droit de suite, et si le fermier aliénait ces objets, le bailleur n'avait aucune action pour en recouvrer la possession. Ce ne fut que plus tard que le prêteur lui accorda une nouvelle protection par l'action servienne, action réelle accordée à la fois contre le fermier et tous les tiers détenteurs. L'hypothèque était née; sans doute le droit, que nous qualifions ainsi du nom d'hypothèque, n'était reconnu que dans un cas particulier; mais il n'en est pas moins vrai que par les effets que le prêteur lui avait attribué il constituait une véritable hypothèque, puisqu'il était muni du droit de suite et du droit de préférence.

Quels étaient les caractères de cette hypothèque?

Au point de vue de la publicité tout d'abord. Ici pas plus que lorsque la théorie de l'hypothèque aura revêtu sa forme définitive, nous ne constatons aucune mesure destinée à avertir les tiers de l'existence du droit du bailleur, c'est par la simple convention intervenue entre ce dernier et le locataire que notre droit prend naissance et rien ne viendra porter à la connaissance des tiers l'existence de cette convention.

Au point de vue de la spécialité, nous trouvons ici ce que nous ne trouverons plus dans l'hypothèque proprement dite : Le droit du bailleur ne porte que sur les objets destinés à l'exploitation que le locataire a apportés sur le fonds et c'est là une condition essentielle; ce droit avait une base réelle.

Ces objets devaient être introduits réellement sur le fonds et seuls ces objets étaient grevés. C'est là la spécialité du gage. De plus, le droit en question ne garantissait que le paiement des loyers, créance bien déterminée dans son montant.

On trouve donc à l'origine l'hypothèque spéciale et quant au gage et quant aux créances.

Comment donc, dans son développement postérieur, l'hypothèque romaine est-elle devenue générale ?

Le régime hypothécaire n'était pas constitué par l'apparition de l'action servienne. Pour cela, il fallait étendre son domaine d'application à tous les cas où un débiteur affecte un de ses biens à la garantie de sa dette sans transférer ni la propriété ni la possession. Ce fut encore le prêteur qui fit de l'hypothèque un mode de garantir toutes sortes d'obligations, en promettant dans son édit de protéger ces extensions du pacte sanctionné par l'action servienne par une autre action similaire à cette dernière et appelée action quasi-servienne ou hypothécaire. Au moyen de cette action, le créancier, s'il n'est pas payé à l'échéance fixée, peut se faire mettre en possession de l'objet donné en garantie; l'hypothèque est donc un gage différé, le créancier n'eut pas, à l'origine, d'autre droit que celui-là; dès lors, il fallait nécessairement que l'hypothèque portât sur un objet corporel déterminé, meuble ou immeuble. Mais bientôt l'hypothèque conféra un autre droit au créancier; outre le *jus possidendi*, il put faire vendre, imputer le montant de la créance sur le prix de vente et remettre le reste au débiteur, c'était le *jus distrahendi*. Le *jus possidendi* n'assurait pas directement le paiement de la dette, ce n'était qu'un moyen de pression sur le débiteur, aussi la pratique imagina le *pactum de distrahendo*; ce pacte fut d'assez bonne heure usité et peu à peu il devint de style, on finit par le sous-entendre. Sauf conven-

tion contraire, le droit de vente appartenait à tout créancier. Dès lors, on en vint à considérer que tout ce qui peut être vendu est susceptible d'être hypothéqué ⁽¹⁾. On put alors hypothéquer tout son patrimoine, c'est-à-dire non seulement tous ses biens présents, mais encore tous ses biens à venir; c'était l'hypothèque générale et les auteurs nous disent que la clause hypothéquant tous les biens présents et tous les biens à venir était une clause usuelle.

Mais on peut se demander de quel fait provient cette fréquence de l'usage de l'hypothèque générale. C'est sans aucun doute du défaut de publicité. Le créancier, n'ayant aucun moyen de s'assurer que l'hypothèque spéciale que le débiteur lui offrait viendrait en rang utile et ne serait pas primée par des hypothèques antérieurement constituées, exigeait en outre de cette hypothèque spéciale, comme supplément de garantie, une hypothèque générale grevant tout l'ensemble du patrimoine du débiteur.

Ainsi donc à Rome l'hypothèque générale se présente comme un complément de l'hypothèque spéciale, complément que rendait indispensable la clandestinité des charges qui grevaient un bien. C'était là un gros inconvénient du régime romain que les empereurs essayèrent d'atténuer, sans pouvoir toutefois le faire disparaître, au moyen d'une mesure que l'on a appelée le *beneficium executionis realis*. Ce bénéfice pouvait être invoqué lorsque le créancier avait une hypothèque générale et une hypothèque spéciale. Dans ce cas, les empereurs Sévère et Caracalla, tout d'abord, décidèrent que si dans ce cas les biens grevés de l'hypothèque spéciale étaient suffisants pour désintéresser le créancier, celui-ci ne pouvait pas toucher aux biens grevés de l'hypothèque générale.

⁽¹⁾ *Quod emptionem venditionemque recipit etiam pignorationem recipere potest*, Gaius, *Dig.*, 20, 1, *De pignoribus et hypothecis*, 9, 1.

rale ⁽¹⁾. Ce furent ensuite les empereurs Dioclétien et Maxilien qui étendirent cette règle en décidant que dans aucun cas le créancier ne pourrait s'attaquer aux biens grevés de l'hypothèque générale avant d'avoir discuté les biens grevés de l'hypothèque spéciale et que le recours à l'exercice de l'hypothèque générale ne serait jamais que subsidiaire ⁽²⁾. Ce n'était pas un remède efficace et l'hypothèque générale subsistait avec tout ce qu'elle a de fâcheux pour le débiteur et le créancier.

Quant à la publicité de l'hypothèque, jamais elle n'exista, et à vrai dire les Romains ne soupçonnèrent pas son utilité, les empereurs se contentèrent d'édicter des peines ou des déchéances civiles contre ceux qui commettraient des fraudes que la clandestinité rendait possibles. Tout d'abord on punit de la peine de stellionat celui qui aliénait ou hypothéquait une chose sans déclarer les hypothèques qui existaient sur elle ⁽³⁾. Ensuite l'empereur Léon *voulut* prévenir la fraude consistant à faire passer un créancier postérieur avant un autre préférable en antidatant l'acte de constitution de l'hypothèque : il décida que les créanciers qui feraient constater leur hypothèque par un acte public ou par un acte privé signé de trois témoins honorables seraient préférés à tous les autres créanciers qui n'auraient pas pris cette précaution ⁽⁴⁾.

Ainsi donc la publicité et la spécialité des hypothèques sont deux principes qui restèrent inconnus à Rome.

Le droit romain a connu la loi comme source de l'hypothèque : l'hypothèque naît par le seul fait de la naissance de

⁽¹⁾ Code, 8, 13, *De pignoribus*, 2.

⁽²⁾ Code, 8, 27, *De distracione pignorum*, 9.

⁽³⁾ Dig., 47, 20, *Stellionatus*, 3, 1.

⁽⁴⁾ Code, 8, 17, *Qui potiores in pignore habeantur*, 11.

la créance, s'établit tacitement, et même parmi les hypothèques légales nous en trouvons dites privilégiées qui primeront les créanciers antérieurs à la naissance de la créance que ces hypothèques garantissent. On peut dire que c'est la négation du crédit public.

Parmi ces hypothèques légales, il y en a qui sont générales et les autres spéciales quant au gage.

1° *Hypothèques légales spéciales.* — Dans cette catégorie, nous trouvons tout d'abord l'hypothèque du locateur d'un fonds urbain sur les meubles du locataire pour garantie de toutes les obligations dérivant du contrat de louage : « *Eo jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenit* » ⁽¹⁾.

Ensuite vient l'hypothèque du bailleur d'un fonds rural sur les récoltes. « *In prædiis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit* » ⁽²⁾.

Puis l'hypothèque du capitaliste qui a prêté de l'argent pour reconstruire un édifice détruit. « *Senatusconsulto quod sub Marco imperatore factum est pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificiî exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante nummos ministravit* » ⁽³⁾.

Puis l'hypothèque du pupille sur les biens achetés de ses deniers par son tuteur ou par un tiers. « *Si tutor tuus de pecunia tua servos emptos manumisit, quoniam hujusmodi sicut cæteræ res pupillaribus pecuniis emptæ jure pignoris ex*

(1) Neratius, Dig., XX, 2, *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*, 4, *princ.*

(2) Pomponius, Dig., XX, 2, 7, *princ.*

(3) Papinien, Dig., XX, 2, 1.

constitutione divorum parentium meorum obligati sunt favore pupillorum, liberi facti non sunt » ⁽¹⁾.

Enfin l'hypothèque du légataire sur les biens de la succession. Le droit romain a voulu, par cette hypothèque, dispenser le testateur d'établir une hypothèque testamentaire ⁽²⁾.

2° *Hypothèques légales générales.* — D'abord, l'hypothèque légale du fisc. Cette hypothèque a trois chefs; elle porte : 1° sur les biens de ses agents; 2° sur les biens de ses débiteurs contractuels; 3° sur les biens des contribuables pour le recouvrement des impôts directs. Cette hypothèque légale est même privilégiée en ce qui concerne le deuxième et le troisième chefs.

Puis l'hypothèque des impubères, mineurs et fous, sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs, pour le recouvrement de toutes leurs créances.

Puis l'hypothèque de la femme sur les biens du mari pour le recouvrement de la dot, des biens paraphernaux mentionnés au contrat de mariage et de la donation *propter nuptias*. Cette hypothèque légale fut, de plus, privilégiée quant au premier chef par une réforme de Justinien.

Enfin l'hypothèque du mari, pour assurer le paiement de la dot, sur les biens de celui qui l'a promise ⁽³⁾.

Ainsi donc le droit romain n'a pas connu la publicité hypothécaire, puisque toutes les hypothèques conventionnelles ou légales sont clandestines, et n'a pas exigé en principe la spécialité, puisque la convention d'hypothèque est presque toujours accompagnée d'une hypothèque générale, et que nous trouvons l'existence d'hypothèques légales générales.

⁽¹⁾ Code, VIII, 8, *De servo pignori dato manumisso*, 6.

⁽²⁾ Code, VI, 43, 1, 2.

⁽³⁾ Code, V, 13, 1, 1, 16.

Avant d'en finir avec le droit romain, nous devons étudier les hypothèques légales des incapables (femmes mariées et mineurs), et voir quelle protection la loi leur accordait.

SECTION II

PROTECTION DES INTÉRÊTS DES INCAPABLES. LEUR HYPOTHÈQUE LÉGALE

1° *Protection des intérêts de la femme mariée.* — A Rome, la femme mariée n'a pas toujours été considérée comme une incapable ayant des intérêts à la conservation desquels la loi devait veiller. Ce n'est qu'assez tard que cette idée s'est fait jour. Dans les premiers siècles, la femme, ou bien entre dans la famille de son mari, *loco filix*, et alors tous ses biens appartiennent à son mari de façon définitive, ou bien elle reste dans sa famille à elle et ses intérêts pécuniaires restent tout à fait distincts de ceux de son mari; elle se contente de transférer à son mari la propriété définitive d'une partie de ses biens. Ce n'est qu'à une époque assez avancée de l'histoire de Rome que l'on voit s'introduire la coutume de la restitution de la dot par le mari, coutume qui, peu à peu, sera sanctionnée par la loi, qui viendra restreindre les pouvoirs du mari sur les biens dotaux et donner des sûretés à la femme pour en garantir la restitution.

L'histoire de la protection des intérêts pécuniaires de la femme est donc la conséquence de celle de la restitution de la dot. Ce n'est que lorsque la loi aura sanctionné cette obligation de restitution que la femme aura des intérêts pécuniaires distincts de ceux de son mari qu'il faudra sauvegarder soit en restreignant les pouvoirs du mari sur la dot, soit en donnant à la femme des garanties pour sa restitution.

Dans cette histoire, nous pouvons distinguer trois périodes :

une première, celle de l'ancien droit, où le mari acquiert la dot de façon définitive et a tout pouvoir sur elle ; une seconde, celle de l'époque classique, où le mari acquiert la propriété, qu'il devra dans certains cas retourner à la femme et où ses pouvoirs ont reçu certaines restrictions ; enfin le système du droit de Justinien, où il doit toujours la rendre et où ses pouvoirs sont très étroitement limités.

1° *Ancien droit*. — Pendant cette période, on s'en tint au droit commun pour régler le sort des biens dotaux. Le mari devient propriétaire exclusif par le jeu naturel des principes généraux du droit : le mariage peut se faire avec ou sans *manus*, et, dans les deux cas, l'application de ces principes conduira à l'absolu pouvoir du mari sur la dot.

Si le mariage a lieu avec *manus*, la femme sera sous la dépendance de son mari et sera par conséquent un instrument d'acquisition pour lui, comme toutes les personnes en puissance. Si donc celle-ci est *sui juris*, le mari acquerra tout son patrimoine par la *conventio in manum*. Si elle est *alieni juris*, il acquerra la propriété des biens qui peuvent être donnés à la femme en vue du mariage. A la mort de la femme, la dot restera la propriété du mari, et à la mort du mari, la femme, étant *loco filix*, héritera des biens dotaux comme de tous les autres en concours avec les descendants.

Si le mariage a lieu avec *manus*, ce que possède la femme ou ce qu'on lui donnera en vue du mariage lui reste propre et le mari n'a aucun pouvoir sur ces biens, car la femme reste dans sa famille à elle. Mais, en général, une dot sera constituée soit par la femme, si elle est *sui juris* (dot adventice), soit par son *paterfamilias*, si elle est *alieni juris* (dot profectice), soit par un tiers (dot adventice) ; cette dot suivra le même sort que dans le mariage avec *manus*, sauf toutefois

qu'au cas de prédécès du mari, elle ne se transmettra plus à la femme qui n'est plus *loco filix*.

Voilà donc où a conduit l'application du droit commun : la femme n'a aucun droit sur ses biens dotaux et, pendant plus de cinq siècles, on n'a pas songé à modifier cette conséquence.

2° *Période classique*. — Dans cette période, on va voir s'introduire dans le droit la restitution de la dot et ce changement sera dû à deux influences :

D'après une loi attribuée à Romulus, la femme répudiée avait droit à une part des biens du mari. Comme la répudiation ne pouvait être prononcée qu'avec l'assistance du tribunal domestique où entraient pour la circonstance des parents de la femme, il n'y avait pas à craindre de répudiation pour des motifs futiles. Mais dès le vi^e siècle, s'introduisit l'usage des répudiations pour des causes frivoles et alors on prit l'habitude de nommer un arbitre qui fixerait l'étendue des devoirs du mari envers la femme répudiée, c'est l'*arbitrium rei uxoriæ*. Cet *arbitrium* n'est pas une action en justice, il n'a qu'une valeur morale, et ce n'est qu'à la longue que l'*arbitrium rei uxoriæ* se transformera en action civile. Il est vraisemblable que c'est sous Auguste que ce changement a eu lieu, de même que le devoir du mari s'est changé en une obligation.

La deuxième influence est celle de la pratique : pour obliger le mari à restituer la dot à la dissolution du mariage, on prit l'habitude de faire promettre par le mari, avant la célébration du mariage, qu'il rendrait les biens dotaux à sa dissolution. La dot ainsi constituée prit le nom de dot réceptice et l'action accordée pour en obtenir la restitution fut l'action *ex stipulatu*.

Quels sont les cas où le mari doit restituer la dot ?

Si la dot est réceptice, le mari doit la restitution dans tous les cas. Le mari qui, par stipulation, a promis de restituer la dot à la dissolution du mariage, est toujours obligé de le faire, c'est un débiteur à terme incertain.

Au contraire, si la dot n'est pas réceptice, la femme, pour obtenir restitution, doit avoir recours à l'action *rei uxoriæ*, action qui ne lui sera pas accordée dans toutes les circonstances. A l'origine, la femme ne peut recouvrer la propriété de ses biens dotaux qu'au cas où le mariage se dissout par une répudiation. Puis, peu à peu, l'action *rei uxoriæ* s'étendit au cas de prédécès du mari, mais jamais elle ne put être intentée au cas de prédécès de la femme, sauf toutefois dans un cas : si la dot est profectice et si le père de la femme vit encore, il peut la réclamer.

Les biens dotaux étant devenus sujets à restitution, les pouvoirs du mari même allaient être restreints. Cette restriction résulte d'une loi que vit voter Auguste : la loi *de fundo dotali*, interdisant au mari d'aliéner l'immeuble dotal italique sans le consentement de sa femme. Cette interdiction ne porte que sur l'immeuble dotal italique, elle ne porte ni sur les meubles, ni sur les immeubles provinciaux, ni sur les immeubles italiques constitués en dot avec estimation, car estimation vaut vente et alors le mari n'est que débiteur d'une somme d'argent. La défense d'aliéner est très étendue, elle comporte non seulement l'interdiction de vendre sans le consentement de la femme, mais encore celle de laisser usucaper les biens, celle de constituer une servitude personnelle ou réelle et celle d'hypothéquer, cette dernière même avec le consentement de la femme.

Quelles sont les garanties dont sont entourés les droits de créance de la femme ?

Il faut distinguer selon que la créance a sa source dans

l'exercice de l'action *ex stipulatu*, ou dans celui de l'action *rei uxoriæ*.

Si la femme a recours à l'action *ex stipulatu*, la femme n'a aucune garantie spéciale, c'est une créancière ordinaire et comme telle elle sera soumise à la loi du dividende si son mari est mort en laissant un passif supérieur à l'actif.

Si la femme, au contraire, fait valoir ses droits par l'action *rei uxoriæ*, elle a un *privilegium inter personales actiones* qui lui permettra de passer avant les créanciers chirographaires du mari, mais après les créanciers hypothécaires.

3^e Droit de Justinien. — Sous Justinien, la dot est toujours soumise à restitution. Sous le droit classique, en cas de prédécès de la femme, le mari gardait les biens dotaux, sauf toutefois si la dot était réceptice. Justinien, dans une constitution de 530, a aboli l'action *rei uxoriæ* et décidé qu'on sous entendra dans tous les cas une clause de restitution ; il y a donc partout l'action *ex stipulatu*, dans laquelle il a mélangé les règles de l'action *rei uxoriæ* et de l'ancienne action *ex stipulatu* ⁽¹⁾.

Justinien restreint encore les pouvoirs du mari sur la dot. Il est vraisemblable qu'il en reste propriétaire bien que cela soit contesté, mais il lui interdit, par cette même constitution de 530, d'aliéner le fonds dotal même avec le consentement de la femme ⁽²⁾.

Justinien veut assurer à la femme la restitution intégrale de sa dot et alors il lui accorde des sûretés nouvelles.

Dans une constitution de 529 ⁽³⁾, Justinien se place dans l'hypothèse où la dot est formée de corps certains qui se retrouvent en nature à la dissolution du mariage dans le pa-

⁽¹⁾ Inst., IV, 6, 29.

⁽²⁾ Inst., 2, 8.

⁽³⁾ Code, 5, 12, *De jure dotium*, 30.

trimoine du mari; afin de faire passer la femme avant les créanciers hypothécaires du mari, Justinien décide que la femme aura à son choix ou la revendication ou une action hypothécaire.

Cette constitution protège la femme quand les biens dotaux sont des corps certains; mais si la dot est constituée par une somme d'argent, il n'en est plus de même, la femme n'a plus qu'une action *in personam* et le *privilegium inter personales actiones*. Dès lors, par une constitution de l'an 530 ⁽¹⁾, Justinien accorde à la femme sur tous les biens de son mari une hypothèque légale prenant rang du jour du mariage : la femme primera tous les créanciers hypothécaires du mari postérieurs à la constitution de dot. Enfin, par une constitution de 531, la célèbre loi Assiduis ⁽²⁾, il transforme cette hypothèque légale en hypothèque privilégiée : la femme passe sur tous les biens du mari avant tous les créanciers hypothécaires du mari, même ceux antérieurs au mariage.

La femme peut avoir des biens qui échappent à la dotalité, qui lui restent propres, ces biens constituent les paraphernaux. Ces biens sont absolument étrangers au mari, la femme en a l'administration et la jouissance. Mais bientôt elle prit l'habitude de confier cette administration à son mari et même, sous l'influence des Pères de l'Eglise qui enseignaient que le mari doit être le chef de l'union conjugale, cet usage devint à peu près général au Bas-Empire. Le mari est alors mandataire de sa femme : comme tel, il est responsable de ses fautes et doit rendre des comptes à sa femme lors de la dissolution du mariage; pour garantir cette créance on accorda à la femme une hypothèque légale sur les biens de son mari ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Code, 5, 12, 1, 1 (b)(1).

⁽²⁾ Code, 8, 17 (18), 12.

⁽³⁾ Code, V, 14, 11, 2.

Comme contre-partie de la dot, on trouve la *donatio ante nuptias*, qui est une libéralité faite par le futur mari à sa fiancée. Pendant longtemps, cette donation fut régie par le droit commun des donations, mais à partir de Constantin elle fut régie par des règles particulières et même au v^e siècle on finit par lui appliquer les prescriptions relatives à la dot. Sous Justinien, elle peut être constituée *durant* le mariage et alors elle prit le nom de *donatio propter nuptias*, donation qui doit être égale au montant de la dot. Les biens qui composent la donation sont, comme les biens dotaux, inaliénables pendant le mariage et leur restitution à la dissolution du mariage est garantie par une hypothèque légale ⁽¹⁾, qui, à la différence de l'hypothèque qui garantit la restitution de la dot, n'est pas privilégiée.

Ainsi donc, dans le dernier état du droit romain, la femme jouit d'une très grande protection, mais cette protection va à l'encontre du crédit public par sa clandestinité.

II. *Protection des intérêts du mineur*. — La conception que les Romains se faisaient de la tutelle a varié avec le temps. Au début du droit romain, la tutelle n'est pas gérée dans l'intérêt de la personne qui y est soumise, mais dans celui de la famille agnatique : le tuteur a pour mission de veiller à la conservation des biens de l'incapable dans l'intérêt de la famille, si bien que l'on trouve dans certains textes l'expression « *loco domini* » ⁽²⁾ pour caractériser la situation du tuteur vis-à-vis du pupille. Pendant cette période, ce sont les mœurs qui assurent l'observation des devoirs du tuteur et procurent aux incapables une protection efficace. Ce n'est que plus tard que la loi interviendra, quand l'Etat s'ingérera dans la nomi-

⁽¹⁾ Code, VIII, 17 (18), 12, 8 (2).

⁽²⁾ Ulpien, Dig., XLIII, 24, *Quod vi aut clam*, II, 7; Paul, Dig., XXVI, 7, *De administratione et periculo tutorum*, 27.

nation des tuteurs. Ici encore, comme pour la protection des intérêts de la femme, nous pouvons distinguer trois périodes : celle de l'ancien droit, celle de l'époque classique et celle du Bas-Empire.

1° *Ancien droit*. — Deux idées fondamentales ont présidé à l'établissement de la tutelle.

La première idée a été de protéger la propriété appartenant à une personne incapable de se défendre contre les attaques ou contre les usurpations provenant du fait d'un tiers. Cette idée se trouve très bien indiquée dans une définition de Servius rapportée par Paul ⁽¹⁾.

La deuxième idée est que le pupille est soumis au pouvoir de son tuteur quant à l'accomplissement des solennités des actes juridiques et des actions de la loi et quant à l'aliénation de ses biens patrimoniaux. Le tuteur agira seul pour faire ces actes en se portant *negotiorum gestor*, ou bien si le pupille est sorti de l'*infantia*, ce sera le pupille qui y procédera mais avec l'*auctoritas* de son tuteur.

Tel était le rôle primitif du tuteur, aucune loi ne lui impose le devoir d'administrer les biens du pupille, seulement la coutume lui en faisait une obligation morale surtout quand le pupille était encore enfant. C'était un simple devoir, un *officium* : il devait se mettre en possession des biens du pupille pour les administrer au mieux de ses intérêts et les rendre à la fin de la tutelle.

Quelles sont donc les garanties de la bonne gestion du tuteur ?

Tout d'abord, si le tuteur mésuse de ses fonctions de façon dolosive, il pourra être écarté de la tutelle par le *crimen sus-*

(1) Paul, Dig., XXVI, I, *De tutelis*, I, pr. « *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter ætatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa* ».

pecti : le *crimen* agit pour le tuteur sur les biens du pupille comme l'interdiction pour un *sui juris* sur ses propres biens. Le tuteur écarté comme suspect n'encourait aucune peine pécuniaire ou corporelle, mais seulement l'infamie.

Nous trouvons ensuite l'action *rationibus distrahendis* qui sera le point de départ de la théorie de la responsabilité du tuteur envers le pupille à raison de sa gestion. D'après la dénomination de cette action, on serait tenté de croire que le juge devant lequel elle était intentée devait apprécier les comptes de tutelle, mais il n'en était rien, car cela laisserait supposer qu'il existait entre le pupille et son tuteur un lien contractuel, lien contractuel qui ne prendra naissance que beaucoup plus tard. La mission du juge est plus simple, il doit simplement rechercher si le tuteur n'a pas détourné une chose ou une valeur déterminée, au détriment du pupille (¹). Cette action était une action pénale qui est du double et ne passe pas contre les héritiers du tuteur.

Telles étaient, dans l'ancien droit romain, les garanties du pupille contre son tuteur, elles étaient fort insuffisantes, aussi vont-elles s'accroître pendant la période classique.

2^e Période classique. — Outre la fonction obligatoire pour le tuteur dans l'ancien droit, consistant à diriger le pupille dans l'accomplissement des actes juridiques qui l'intéressent ou à les faire en son lieu et place, une autre fonction, qui n'était que facultative sous l'ancien droit pour le tuteur, va devenir obligatoire pour lui à l'époque classique : c'est celle d'administrer les biens du pupille.

Cette obligation du tuteur devait naître après que la loi lui aurait donné un moyen de recouvrer les avances faites au pupille au cours de la tutelle. Aussi longtemps que ce moyen

(¹) Paul, Dig., XXVIII, 3, 2, pr., *Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur nisi qui in tutela gerenda ex bonis pupilli abstulerit.*

n'existait pas, on ne pouvait pas reprocher au tuteur de ne pas remplir un devoir qui pouvait le rendre créancier du pupille d'une somme qu'il n'était pas sûr de récupérer. Il n'eut cette assurance que par la création de l'action *tutelæ*, action qui se dédoublait en action *tutelæ directa*, action servant au pupille à demander au tuteur ou à ses héritiers compte de la gestion de la tutelle et l'action *tutelæ contraria*, permettant au tuteur de demander l'indemnité des dépenses faites par lui pour le pupille. Dès lors le tuteur était certain de rentrer dans ses avances et peu après va naître pour le tuteur l'obligation d'administrer.

Le premier pas dans cette voie fut fait par les consuls, qui depuis Claude furent désignés pour nommer les tuteurs, à la place du préteur et des tribuns. Ils décidèrent que lorsque les proches parents d'un pupille leur signaleraient un tuteur inactif, ils prendraient une décision par laquelle le tuteur serait déclaré responsable de la non administration. Ce fut ensuite Marc Aurèle qui décida que tout tuteur nommé à Rome, après avoir eu connaissance de sa nomination devait, à moins d'excuse de sa part, prendre l'administration dans un certain délai, et qu'il serait responsable de la non administration à partir de l'expiration de ce délai. Donc l'obligation de gérer, qui n'existait pas jusqu'à Claude, existe sous ce dernier en vertu d'une décision du juge, et sous Marc Aurèle elle prend naissance par la simple expiration d'un délai.

Le tuteur est donc devenu un administrateur des biens du mineur, mais alors on va prendre des mesures pour assurer la bonne administration de ces biens.

Tout d'abord, comme administrateur, le tuteur jouit encore de pouvoirs très étendus, il est encore *domini loco*, mais petit à petit on restreindra ses pouvoirs et il devra obtenir l'autorisation du magistrat pour les actes de pure libéralité, pour

la fixation de la somme destinée à l'entretien du pupille, et, en vertu d'un sénatusconsulte de Septime Sévère, pour l'aliénation des fonds ruraux ou suburbains.

De plus, on imposera des obligations au tuteur avant son entrée en charge : 1° il doit faire inventaire des biens du pupille et, s'il ne le fait pas, on pourra prouver la valeur des biens de toutes manières, même par le seul serment du pupille; 2° il doit fournir caution (*rem pupilli salvam fore*) et cette caution garantira le pupille contre les risques d'insolvabilité du tuteur.

Le tuteur, dans son administration, doit se conduire en bon père de famille et il est responsable de son dol et de ses négligences.

Le tuteur, à la fin de la tutelle, doit rendre compte de sa gestion et, si le pupille se trouve être créancier du tuteur, il ne sera pas considéré comme un créancier ordinaire, il aura un *privilegium inter personales actiones* et primera les créanciers chirographaires de son tuteur. De plus, en cas d'insolvabilité de ce dernier, le pupille aura recours contre les cautions que le tuteur a dû fournir à son entrée en charge. Enfin, il aura un recours subsidiaire en cas d'insolvabilité du tuteur et des cautions contre les magistrats inférieurs chargés de présenter les tuteurs aux magistrats supérieurs et de recevoir les cautions quand ils ont présenté des tuteurs insolubles ou accepté des cautions insolubles.

On voit donc que, par cet ensemble de mesures, le pupille est suffisamment protégé contre la mauvaise administration du tuteur, protection qui est encore accrue par la théorie de l'*in integrum restitutio* qui permettra au pupille, s'il a éprouvé une lésion, de faire rescinder l'acte par le préteur, acte que son tuteur ou lui-même aura fait de bonne foi,

3° *Bas-Empire*. — Au Bas-Empire, les intérêts du pupille vont se trouver protégés d'une façon plus efficace encore.

Tout d'abord, Constantin étendit la défense édictée par le sénatusconsulte de Septime Sévère aux immeubles urbains et aux meubles précieux. De plus, Justinien réduisit aux revenus le droit, pour le tuteur, de toucher les créances pupillaires ; pour le capital, le débiteur ne pourra valablement se libérer qu'en vertu d'une autorisation du magistrat, autorisation qui met le débiteur à l'abri de toute réclamation ultérieure, même en cas de lésion.

Pour garantir le pupille contre l'insolvabilité du tuteur, le droit du Bas-Empire lui accorde une hypothèque légale prenant rang du jour de l'ouverture de la tutelle et portant sur tous les immeubles du tuteur. Mais, à la différence de l'hypothèque légale de la femme, l'hypothèque légale du pupille ne fut jamais privilégiée, mais elle était tacite et générale.

Le droit romain définitif était donc très protecteur des intérêts des incapables, femmes mariées et mineurs. Ce système protecteur s'était établi peu à peu, et résultait de tout un ensemble de dispositions législatives au milieu desquelles nous rencontrons l'hypothèque légale. Sans doute, à Rome, la clandestinité et la généralité de cette hypothèque présentaient, en définitive, moins d'inconvénients qu'aujourd'hui, car le droit romain n'a jamais connu la publicité et la spécialité des hypothèques même conventionnelles.

Nous avons insisté quelque peu sur le régime romain, car ce régime fera très longtemps sentir son influence sur le nôtre qui, pendant de longs siècles, à part quelques exceptions et quelques essais de réforme qui avortèrent, sera copié

sur la législation romaine et il faudra que nous allions jusqu'aux lois de l'époque révolutionnaire pour voir s'implanter dans nos lois les deux principes de publicité et de spécialité.

CHAPITRE III

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

SECTION PREMIÈRE

ORIGINE DE L'HYPOTHÈQUE : SA SPÉCIALITÉ ET SA PUBLICITÉ.
SA THÉORIE DÉFINITIVE AU XVII^e SIÈCLE : SA GÉNÉRALITÉ ET SA CLANDESTINITÉ.

Il faut descendre assez loin dans l'histoire de l'ancien droit pour constater l'existence de l'hypothèque; elle ne naîtra qu'au xiii^e siècle dans notre droit coutumier. La Gaule, sous la domination romaine, ne semble pas avoir pratiqué le régime hypothécaire de Rome; aussi, bien que l'hypothèque française prit sa source dans le droit romain, il n'en est pas moins vrai que le régime hypothécaire français ne fut pas une reproduction du système de Justinien; il prit naissance à l'occasion de circonstances de fait tout à fait spéciales et se développa ensuite d'une façon qui lui fut entièrement propre: le droit coutumier ne fit qu'emprunter le principe pour en tirer des conséquences personnelles, si bien que nous verrons l'hypothèque française, à son origine, devoir toujours être spéciale; ce n'est que par la suite que l'hypothèque deviendra générale.

L'hypothèque française devait naître des difficultés qu'offrait le droit coutumier au sujet de la procédure et des voies d'exécution. La Gaule romaine pratiquait les voies

d'exécution comme à Rome, c'est-à-dire que tous les biens, meubles et immeubles, étaient affectés à la sûreté des créanciers; mais, sous l'influence des idées germaniques, cela devait changer : les invasions barbares apportèrent un autre principe : seuls les meubles pouvaient être saisis et vendus par le créancier impayé, et ce principe devint applicable à toute la Gaule lors de la domination barbare.

Cette règle avait de si graves inconvénients qu'on chercha de bonne heure à y apporter un remède. Un de ces remèdes consista dans l'*obligatio bonorum*. Le débiteur consentait par avance, dans l'acte même qui le constituait débiteur, à la vente de ses immeubles, si le créancier n'était pas payé à l'échéance. Cette clause fut empruntée au droit romain et, comme son nom l'indique, elle fut créée à l'imitation de l'*obligatio* romaine, c'est-à-dire de l'hypothèque ⁽¹⁾.

A vrai dire, l'*obligatio bonorum* ne constituait pas à cette époque un droit hypothécaire; elle ne conférait au créancier ni le droit de suite ni le droit de préférence, attributs essentiels de l'hypothèque; elle ne faisait qu'étendre le gage de celui qui l'avait stipulée, mais rien n'était changé à la nature de son droit. Toutefois il ne devait pas toujours en être ainsi et l'*obligatio bonorum* devait bientôt devenir un véritable droit d'hypothèque et nous allons voir comment se produisit ce changement.

Au XIII^e siècle, l'étendue de l'*obligatio bonorum* n'était pas toujours la même : tantôt cette *obligatio* portait sur tous les meubles et immeubles du débiteur et alors elle était dite « générale », tantôt, au contraire, elle portait sur tous les meubles et un immeuble déterminé du débiteur et alors elle était dite « spéciale ». L'obligation générale et l'obligation

(1) En droit romain, la chose hypothéquée était dite *obligata*.

spéciale devaient avoir des destinées différentes : tandis que les caractères de l'obligation générale ne subirent guère de changements, ceux, au contraire, de l'obligation spéciale, allaient complètement se modifier si bien qu'on va se trouver en présence d'une véritable hypothèque.

Cette différence dans l'évolution des deux espèces d'obligations tient à l'interprétation des volontés des parties : le créancier, en se contentant d'une obligation spéciale, a voulu rendre son droit plus énergique sur un immeuble déterminé, on présume qu'il a voulu que son gage ne puisse pas s'évanouir par l'aliénation qu'en ferait le débiteur ou perdre de son efficacité par le concours d'autres créanciers sur l'immeuble ; l'obligation spéciale vit donc s'attribuer un droit de suite et un droit de préférence : dès lors l'hypothèque était née et, comme nous l'avons dit plus haut, elle était spéciale et de plus publique. Il est vrai que cette publicité était une publicité de fait, absolument indépendante de la conception qu'on se faisait de l'hypothèque, cette publicité était le résultat de la condition des immeubles à notre époque ; à part quelques biens dits « alleux », on ne pouvait, au XIII^e siècle, constituer un droit réel quelconque sur un immeuble sans l'assentiment du seigneur dont l'immeuble dépendait, c'était l'ensaisinement, qui était un acte public et solennel. L'obligation spéciale était donc devenue une hypothèque spéciale et publique.

L'obligation générale, au contraire, conserva son caractère primitif de convention augmentant le gage du créancier, mais ne lui conférant pas de droits spéciaux. Ainsi il n'a pas le droit de suite, sauf cependant dans un cas où l'aliénation fut considérée comme un dol de la part du débiteur qui la consentait : quand cette aliénation était à titre gratuit, alors le donataire pouvait être poursuivi. De plus, le droit de pré-

férence n'existe pas; tous les créanciers qui avaient stipulé une obligation générale concouraient au marc le franc et même un créancier qui avait obtenu une obligation générale pouvait être primé par un créancier simple si celui-ci s'était adressé le premier à la justice; c'était l'antériorité des poursuites qui donnait la préférence.

L'obligation spéciale était donc supérieure à l'obligation générale en ce que, à la différence de la seconde, elle constituait un véritable droit d'hypothèque. Cela devait durer jusqu'au milieu du ^{xiv}^e siècle environ, époque à laquelle on admit que l'obligation générale, comme l'obligation spéciale, conférerait un droit de suite et un droit de préférence. On eut donc, à côté de l'hypothèque spéciale, l'hypothèque générale. Cette hypothèque générale devait cependant, pendant près d'un siècle et demi, rester inférieure à l'hypothèque spéciale; ainsi il était admis que si un créancier à obligation spéciale se trouvait en concours avec un créancier à obligation générale, c'est le premier qui l'emporterait, quand même son contrat serait postérieur en date.

Cette infériorité de l'hypothèque générale devait disparaître à son tour et même au ^{xvii}^e siècle elle allait finir par supplanter l'hypothèque spéciale. Ce nouveau changement est dû à deux raisons principales : tout d'abord l'hypothèque devint occulte ; elle perdit sa publicité à la suite de la déchéance du régime féodal; le créancier, n'ayant donc plus de certitude au sujet de la valeur de la sûreté qu'on lui offrait et pouvant exiger une hypothèque générale lui conférant les mêmes droits que l'hypothèque spéciale, prit l'habitude d'exiger une hypothèque portant sur l'universalité des biens. De plus, l'hypothèque devint tacite et n'eut plus besoin d'être expressément stipulée; on admit que tout contrat susceptible de contenir constitution d'hypothèque entraînerait

par lui-même cette hypothèque sans qu'il fût besoin d'une clause spéciale dans le contrat. Cette hypothèque résultant de plein droit de certains contrats ne pouvait être que tacite, attendu que le contrat ne constatait pas sa naissance, il ne pouvait pas à plus forte raison la spécialiser.

Ainsi donc, dans la théorie définitive de l'ancien droit, c'est-à-dire au ^{xvii}^e siècle, l'hypothèque était devenue occulte et générale. De plus, sous l'influence du droit romain, on avait admis les hypothèques légales de la femme mariée et du mineur, qui étaient également occultes et générales. Enfin l'article 53 de l'ordonnance de Moulins vint, en 1566, attacher de plein droit une hypothèque générale aux jugements en dernier ressort.

Cependant certaines coutumes, celles du Nord de la France et de la Belgique, dites coutumes de nantissement, et celles de Bretagne avaient continué à admettre la publicité. De plus, certains essais de réforme furent tentés sous l'ancien régime pour assurer la publicité des hypothèques, mais jamais on ne fit rien pour la spécialité hypothécaire. Nous allons voir quels furent ces essais de réforme et étudier les coutumes pratiquant la publicité hypothécaire en nous en tenant aux coutumes de nantissement, étude qui sera pour ainsi dire une préface à l'étude du droit belge.

SECTION II

LA PUBLICITÉ HYPOTHÉCAIRE DANS LES COUTUMES DE NANTISSEMENT

Alors que l'ensemble des coutumes françaises avaient admis l'hypothèque occulte et générale, certains pays, dits pays de nantissement, pratiquaient la publicité des aliénations immobilières et des hypothèques. Les coutumes qui

pratiquaient ce système étaient celles de Picardie, de Vermandois, de Ponthieu, de Cambrésis, d'Amiens, de Péronne, de Reims, de Chaulny, de Valois, de Boulonnais et de Belgique. Ces pays étaient donc ceux où, comme le dit Laurent, « l'industrie et le commerce florissaient et où le mouvement des affaires que les relations industrielles et commerciales amènent à leur suite, ne se concilie guère avec la clandestinité romaine » ⁽¹⁾.

Quelle était donc l'origine du nantissement ?

Le nantissement est, à n'en pas douter, d'origine féodale et même il faut remonter aux habitudes des Germains pour trouver l'origine de la publicité d'où naîtra le nantissement : c'est dans les coutumes barbares qu'il faut chercher la première idée de la publicité du transfert des droits réels.

Il est vrai que le mode de publicité adopté par les barbares était complètement étranger à toute idée de protection des tiers. Cette publicité était une publicité de fait, résultant de l'idée que se faisaient les barbares de la propriété. A ce moment, en effet, la propriété foncière individuelle n'existait pas encore, la communauté a un droit éminent sur les biens et pour les transférer il est nécessaire d'obtenir l'assentiment de cette communauté.

Pour obtenir cet assentiment, l'aliénateur et l'acquéreur devaient comparaître en personne devant le tribunal populaire du district. Dans la loi salique, le tribunal était présidé par le thunginus que l'assemblée élisait elle-même, et se réunissait dans un endroit spécial, *in mallo*. Il était composé par les rachimbourgs, c'est-à-dire par les hommes libres qui habitaient dans le district. Enfin le roi était représenté dans ce tribunal par le comte et par les trois sacebarons,

⁽¹⁾ Laurent, *Principes de droit civil*, XXIX, p. 38.

officiers qui avaient mission de percevoir les amendes attribuées au fisc royal.

Devant ce tribunal, le cérémonial était des plus solennels. L'aliénateur y affirmait à haute voix son intention de transférer la propriété, puis pour figurer la tradition de l'immeuble il remettait à l'acquéreur soit une motte de terre, soit un bâton, soit une branche d'arbre, soit un fêtu de paille ou de bois. Toutes ces formalités constituaient donc une véritable publicité du transfert, bien que ce ne soit pas là leur but.

On va encore constater l'existence de cette publicité de fait dans le régime féodal. Ce régime naquit de l'impuissance royale, mais rien ne sera changé dans la condition de la propriété ; toutefois, au lieu d'être soumise au domaine éminent d'une collectivité, elle va se trouver sous la dépendance d'un seul, le seigneur, qui dans la plupart des cas ne sera que l'ancien comte qui était à l'origine un fonctionnaire royal et qui peu à peu s'affranchit de l'autorité royale et convertit en une cour seigneuriale l'ancien tribunal populaire, qui à vrai dire à l'époque des rois carolingiens était devenu un tribunal royal ⁽¹⁾. Le seigneur a donc remplacé l'autorité de la communauté et exerce un droit de souveraineté sur les terres, sauf cependant sur quelques-unes que l'on appelle les alleux. Les terres qui relèvent ainsi de l'autorité du seigneur ne peuvent se transférer sans le consentement de celui-ci. Ce consentement sera donné, soit sous la forme de l'investiture, quand l'immeuble qu'il s'agit de transférer sera un fief, c'est-

(1) Les rachimbours ne se réunissaient que trois fois par an, mais on pouvait les convoquer à des assemblées spéciales où ils devaient se rendre sous peine d'amende. Cette obligation fut exploitée par les comtes qui convoquaient les rachimbours dans le seul but d'encaisser les amendes. Les rois carolingiens portèrent un remède à cet état de choses en rendant permanent le tribunal populaire et en remplaçant les rachimbours par des scabini, choisis parmi les hommes libres.

à-dire une tenure noble dont le titulaire doit foi et hommage, soit par l'ensaisinement quand l'immeuble sera une censive, c'est-à-dire une tenure roturière dont le titulaire ne doit pas la foi et hommage au seigneur, mais doit seulement acquitter une redevance entre les mains de celui-ci.

L'investiture et l'ensaisinement étaient deux actes essentiellement publics. Dans l'investiture, le nouveau vassal devait comparaître devant le seigneur, à l'audience de sa cour de justice. Là, le vassal portait la foi et l'hommage à son seigneur et ce dernier lui conférait la saisine du fief par les mêmes moyens qu'auparavant devant le tribunal populaire, c'est-à-dire en lui remettant un bâton ou tout autre emblème.

Dans l'ensaisinement, le nouveau possesseur ne portait ni la foi ni l'hommage, il devait simplement se faire ensaisiner, acte par lequel le seigneur déclarait solennellement mettre le censitaire en possession de l'immeuble.

Dans l'un et l'autre cas le mode de transfert était public. Il va sans dire qu'en recourant à ces formalités les seigneurs ne songeaient guère à sauvegarder les intérêts des tiers. Cette solennité de l'ensaisinement ne profitait qu'à eux, en confirmant leur droit de souveraineté sur l'immeuble qu'il s'agissait de transférer.

Mais il n'en fut pas toujours ainsi et on finit par s'apercevoir que l'investiture et l'ensaisinement avaient pour effet indirect d'avertir les tiers de la diminution de la fortune des possesseurs de fiefs et des censives. Dès lors l'idée de publicité va grandir et même elle finira par effacer toute autre considération, et on peut remarquer une trace de ce changement dans l'usage que l'on prit, au cours du ^{xiii}^e siècle, de noter les investitures et les ensaisinements dans un registre spécial tenu au greffe de la cour féodale. L'investiture et l'ensaisinement vont jouer un rôle tout à fait différent de celui

qu'ils remplissaient à l'origine; au lieu d'être un moyen pour le seigneur de confirmer sa souveraineté, ils deviendront des moyens de garantie pour les tiers, et ce qui le prouve bien, c'est que même les alleux seront soumis à la formalité de l'ensaisinement.

Malheureusement ce changement dans le but et les effets de l'ensaisinement ne se produisit pas partout. Le droit romain qui reprit son empire à la fin du ^{xii}^e siècle eut une influence malheureuse; par imitation de ses décisions, on fit résulter l'ensaisinement d'une simple clause de dessaisine-saisine ou de constitut possessoire insérée dans le contrat d'aliénation et même on en arriva à sous-entendre cette clause. La publicité des transferts immobiliers ne se maintint que dans les pays de nantissement dont nous avons donné une énumération plus haut.

En quoi consistait la publicité dans les pays de nantissement?

Le nantissement est une mise en possession judiciaire opérée par les officiers de la justice seigneuriale au tribunal même. L'acquéreur et l'aliénateur étaient obligés de comparaître devant le juge foncier et là l'aliénateur devait résigner sa propriété entre les mains du juge, c'était le dévest ou la déshéritance; puis le juge investissait l'acquéreur de la propriété, c'était le vest ou l'adhéritance. L'ensemble de ces formalités constituait les œuvres de loi. Toutefois parmi ces formalités on distinguait les devoirs de loi proprement dits et celles que l'on appelait main-mise, main-assise, mise de fait. On employait la première dénomination pour la mise en possession qui se faisait par les juges seigneuriaux et les secondes pour celle qui se faisait devant les juges royaux.

Quoique faite en justice, la mise en possession ne suffisait pas pour donner de la publicité au transfert des droits réels

immobiliers, car elle pouvait être ignorée du public. Il lui fallait un complément indispensable, un acte qui la constaterait et qui la rendrait publique. Cet acte constatant les œuvres de loi était rédigé, et même pour que le transfert fût valable il était nécessaire que cet acte fût enregistré au greffe du tribunal qui avait reçu les œuvres de loi. De plus, les registres du greffe étaient publics et le greffier devait en délivrer une copie à tout requérant. C'était donc notre système de publicité actuel.

Quels actes étaient soumis aux devoirs de loi?

Il n'y avait pas que les actes de transfert de propriété immobilière qui fussent soumis à l'accomplissement des formalités du nantissement : les contrats hypothécaires y étaient également assujettis ; l'hypothèque ne pouvait s'acquérir que par le cérémonial du nantissement, et le rang du créancier était déterminé par la date de l'inscription de l'hypothèque dans les registres de la justice seigneuriale.

L'hypothèque dans les coutumes de nantissement était donc publique et, qui plus est, elle était spéciale : l'acte qui constatait que les formalités du nantissement avaient été accomplies devait restreindre l'effet de l'hypothèque à un ou plusieurs immeubles, que l'on devait désigner séparément et en indiquant de façon exacte la contenance et les limites des biens hypothéqués.

L'hypothèque était donc publique et spéciale ; mais les coutumes de nantissement admettaient-elles les hypothèques légales de la femme mariée et du mineur ?

Cette question est assez difficile à résoudre, car on trouve des arguments dans les deux sens. Dans le sens de l'affirmative, on peut citer Pollet, qui dit, d'après Anselmo : « L'hypothèque tacite du droit romain n'est point abrogée dans les coutumes qui ne l'excluent pas nommément. Les ordonnances

des princes de ce pays, pour la nécessité des devoirs de loi dans la constitution de l'hypothèque, ne regardent que l'hypothèque conventionnelle ». De plus, les auteurs nous rapportent des arrêts de jurisprudence confirmant l'existence des hypothèques légales.

Dans le sens de la négative, on dit que l'article 24 de l'édit perpétuel de 1611 des archiducs Albert et Isabelle abroge formellement toutes les hypothèques tacites, sauf toutefois celle du prince. Voici comment s'exprime cet article 24 : « Combien que nul droit réel ès biens immeubles, soit en » tout par vente ou location, ou en partie par hypothèque, » se peut acquérir sinon par les œuvres de loi à ce statuées » par les placards des princes nos prédécesseurs ou par les » coutumes des lieux..., toutefois n'entendons par ce être » dérogé au bénéfice de l'hypothèque légale et préférences » compétant par dispositions de droit à nous et à notre fisc » sur les biens des receveurs de nos domaines et revenus ». Cet article 24 repousse donc l'existence des hypothèques légales de la femme mariée et du mineur et, de plus, on trouve de très nombreux arrêts dans ce sens. Comment donc expliquer cette divergence ?

On peut trouver cette explication dans le *Nouveau commentaire sur l'édit perpétuel* où l'auteur, après avoir constaté que, dans la règle générale, on ne reconnaît pas les hypothèques tacites, parce qu'on ne peut acquérir d'hypothèque sur les immeubles que par les œuvres de loi, admet cependant qu'il existe des exceptions à cette règle et parmi ces exceptions nous voyons qu'il dit que « toutes les hypothèques tacites connues dans le droit romain doivent être reçues par nous, lorsque nos coutumes ne les ont pas expressément rejetées ». Dès lors, nous nous expliquons facilement la différence qui pouvait exister entre les diverses coutumes des pays de

nantissement au point de vue de l'admission des hypothèques légales ; certaines les admettaient, d'autres les rejetaient, mais, à vrai dire, la tendance générale des pays de nantissement était de les rejeter, surtout celle de la femme mariée.

La publicité hypothécaire complète n'existait donc pas dans tous les pays de nantissement, néanmoins cette publicité avait de très heureux effets, comme nous le prouvera une déclaration du parlement de Flandre.

Malheureusement, Louis XV interdit l'usage des formalités du nantissement. En effet, l'article 35 de l'édit du mois de juin 1771, édit qui substituait les lettres de ratification à la procédure du décret volontaire, abroge « l'usage des saisines et nantissements pour acquérir hypothèque et préférence, dérogeant à cet effet à toutes les coutumes et usages à ce contraires ». De plus, par une déclaration du 23 juin 1772 en interprétation de cet article, le même roi disait : « Avoir entendu que les formalités de saisine et mise de fait, de nantissement ne seraient point nécessaires pour acquérir hypothèque. En conséquence, il ordonne qu'à compter du jour de l'enregistrement de cet édit et à l'avenir, l'hypothèque s'acquerra dans lesdites coutumes, tant par actes passés par devant notaire que par jugements, de la même manière et ainsi qu'il se pratique dans les autres coutumes ». Le système de la clandestinité allait donc s'établir dans toute la France, toutefois il faut remarquer que l'édit n'abrogeait le nantissement qu'à propos des hypothèques ; les actes d'aliénation de propriété immobilière restèrent publics. De plus, l'édit de 1771 ne fut pas exécuté dans le ressort du conseil provincial d'Artois, ni enregistré au parlement de Flandre, qui, dans ses remontrances, déclara qu'il regardait « la publicité des hypothèques comme le chef-d'œuvre de la sagesse, le sceau, l'appui et la sûreté des propriétés, comme un droit fonda-

mental dont l'usage avait produit dans tous les temps les plus heureux effets et avait établi autant de confiance que de facilité dans les affaires que les peuples belges traitent entre eux ».

Nous verrons plus loin quel fut le sort des formalités du nantissement dans le droit révolutionnaire, et maintenant nous allons passer en revue les différentes tentatives de réforme hypothécaire faites sous l'ancien régime.

SECTION III

TENTATIVES DE RÉFORME EN FAVEUR DE LA PUBLICITÉ HYPOTHÉCAIRE

Des différents essais de réforme hypothécaire qui furent tentés sous l'ancien régime, pas un n'a trait à la spécialité; la généralité de l'hypothèque semblait un bienfait aux auteurs anciens en ce qu'elle assurait de façon efficace le paiement de la dette. On ne soupçonnera l'utilité de la spécialité que sous la Révolution, aussi les édits de la monarchie n'essaieront d'établir que la publicité.

De plus, certaines mesures qui furent édictées dans le courant du xvii^e et du xviii^e siècles n'ont pas pour principal but l'intérêt des tiers; sans doute cet intérêt servira de prétexte à l'établissement de la réforme, mais le véritable motif sera le besoin où se trouveront les rois de se procurer des ressources.

Parmi les tentatives faites pour établir la publicité hypothécaire, nous trouvons les ordonnances établissant l'insinuation, puis celles qui réglementent le contrôle des actes, enfin l'édit de Colbert de 1673.

1^o *Insinuation*. — Au xii^e siècle, comme nous l'avons dit plus haut, l'ensaisinement féodal disparut, et sauf dans les

coutumes de nantissement et en Bretagne, les mutations de propriété immobilière devinrent clandestines, si bien qu'il était impossible à un créancier de savoir si son débiteur était réellement propriétaire de l'immeuble qu'il lui offrait en garantie.

Seulement, en même temps que disparaissait ainsi l'ensaisinement féodal sous l'influence des études de droit romain, on voit renaître dans les coutumes de droit écrit une institution romaine qui avait pour but de porter à la connaissance des tiers les transferts de propriété immobilière s'opérant à titre gratuit : l'insinuation, qui empêchait un débiteur mal-honnête de faire une donation en secret et de contracter ensuite. C'était donc une mesure de publicité qui avait pour effet de protéger les tiers contre la fraude, mais qui était restreinte aux donations.

Au xvi^e siècle, le roi Henri II essaya d'étendre l'insinuation aux contrats à titre onéreux, et dans un édit de 1553 il l'appliqua aux « contrats de vente, échanges, cessions et transports, constitutions de rentes et toutes autres obligations excédant cinquante livres tournois ». Mais à cette époque l'édit fut jugé avec une grande défaveur et il ne fut pas observé. Ce ne fut que sous Louis XIV que l'insinuation devint obligatoire, aussi bien pour les contrats à titre onéreux que pour les contrats à titre gratuit, et cette obligation résulta d'un édit de décembre 1703, qui disait que « tout contrat de vente, échanges, décret et autres actes translatifs de propriété de biens immeubles, tenus en fief ou en censive, soit du roi ou des seigneurs particuliers, seraient insinués et enregistrés aux greffes des sièges royaux de la situation des biens, moyennant le paiement du centième denier du prix ou de la valeur des biens transmis ». Malheureusement la dernière partie de cette disposition nous indique bien quel était le but

de cette réforme : Louis XIV voulait s'assurer des ressources pécuniaires en frappant d'un impôt toute mutation immobilière, il ne songeait pas à sauvegarder les intérêts des tiers acquéreurs ou créanciers, et la suite des dispositions de l'édit de 1703 viendra nous confirmer cette idée.

En quoi consistaient l'insinuation et la publicité qui en résultait ?

Pour les actes à titre gratuit, l'insinuation consistait dans la copie intégrale de l'acte sur les registres tenus à cet effet par les greffiers des juridictions royales. Pour les actes à titre onéreux, il suffisait de mentionner sur les mêmes registres un extrait analytique de l'acte.

Les registres des insinuations étaient publics et toute personne intéressée pouvait en prendre communication.

Cette publicité ressemble beaucoup à celle qui résulte de notre transcription actuelle, mais elle en diffère en ce qu'elle ne donnait pas une complète sécurité aux tiers acquéreurs ou créanciers et c'est ce qui nous fait dire que cette sécurité n'a été qu'un prétexte et non pas le but.

Sans doute pour les actes à titre gratuit l'insinuation était un élément essentiel pour la validité du contrat, et aussi longtemps qu'il n'avait pas été insinué il était inopposable aux tiers, mais les parties jouissaient d'un délai de quatre mois pour procéder à l'insinuation, qui, si elle était faite dans ce délai, rétroagissait au jour de la donation ; dès lors la situation des tiers devenait assez dangereuse, tous les droits réels consentis par le donateur sur un immeuble donné dans les quatre mois de la donation étaient résolus par l'insinuation de la donation. L'intérêt des tiers était donc menacé dans ce cas par défaut de publicité et il l'était encore bien plus dans le cas d'aliénation à titre onéreux dans lequel l'insinuation n'avait aucun effet juridique, l'insinuation n'était pas une

condition essentielle de l'acte, la vente non insinuée était opposable aux tiers. La seule sanction était que cet acte ne pouvait pas être produit en justice et encourait une amende égale au triple droit.

Nous sommes donc loin de la publicité et des effets qu'on veut en retirer, le roi veut emplir ses caisses, il cherche des moyens pour que l'argent entre et rien d'autre : la sanction du défaut de publicité nous le prouve assez, on ne cherche pas à garantir les tiers mais simplement le trésor royal. D'ailleurs ce caractère bursal de l'insinuation augmentera encore avec le temps, si bien qu'à la fin de l'ancien régime elle n'aura plus d'importance juridique que pour les actes à titre gratuit tandis que pour les actes à titre onéreux elle n'en a plus aucune, seule son omission entraînera une surtaxe.

2° *Contrôle*. — On dit parfois que l'institution du contrôle fut faite en faveur de la publicité, mais c'est là une erreur manifeste ; sans doute elle a ceci de commun avec notre publicité actuelle, à savoir que les actes devaient être inscrits sur des registres spéciaux, mais ces actes n'étaient pas rendus publics puisque les registres n'étaient pas ouverts au public et ne pouvaient être consultés que par les préposés de la Ferme.

C'est par l'édit de Blois du mois de juin 1581 qu'Henri III tenta d'établir le contrôle des actes notariés. D'après son préambule, cet édit aurait pour but de « faire cesser les fraudes, procès, faulsetés, circonventions dont plusieurs ont cy-devant usé à la ruine d'aucuns de nos sujets, procédant lesdits différends d'une infinité de faulsetés qui se sont commises et se commettent chaque jour par aucuns notaires et tabellions de notre royaume es actes et contrats qu'ils passent et reçoivent ». En conséquence, l'article 1^{er} décide qu'on

ne peut acquérir un droit de propriété ou d'hypothèque que si l'acte constatant le transfert ou l'hypothèque est enregistré dans les deux mois de la passation de cet acte et il ajoute que les actes ainsi enregistrés seront préférés à ceux qui ne le seront pas, même s'ils sont d'une date antérieure.

Cet édit fut rapporté en 1588; en 1606 Henri IV en fit revivre les dispositions, mais cette nouvelle tentative échoua comme la première devant la résistance des parlements. Ce ne fut que par l'édit de 1693 que le contrôle fut définitivement établi en France.

Cette formalité du contrôle n'avait d'autre avantage que de prévenir les antedates et d'assurer la certitude de la date des actes auxquels elle s'appliquerait : elle était étrangère à toute idée de publicité hypothécaire car, comme nous l'avons dit plus haut, les registres ne pouvaient être communiqués qu'aux préposés de la Ferme, et quand bien même ces registres eussent été publiés, la publicité qui en serait résultée aurait été défectueuse, car le contrat pouvait être contrôlé au lieu où il avait été passé, même si ce n'était pas le lieu de la situation du bien hypothéqué.

Le principal but de l'établissement du contrôle en France, comme celui de l'insinuation, fut surtout fiscal; d'ailleurs, l'édit de 1581 le reconnaît lui-même et dans son préambule il constate que le caractère secret des aliénations préjudicie au Trésor. De plus, dans son article 7, il dit qu'il sera créé un « contre-rolleur des tiltres » et que les deniers qui proviendront du contrôle « seront employez tant à partie du paiement des gens de guerre, estant en nos garnisons ès villes de frontière, et autre dépense pour le bien et conservation de notre Estat ».

Telles étaient ces deux institutions de l'insinuation et du contrôle. Elles n'avaient pas en vue l'intérêt des tiers. Pour

voir prendre en considération cet intérêt et établir une publicité utile, il faut étudier l'œuvre législative de Colbert; par son édit de 1673, il tenta d'établir une publicité effective.

3° *Edit de Colbert de 1673.* — Cet édit est le seul monument législatif de l'ancien droit où se trouve un système complet de publicité. Néanmoins, cet édit avait un grand défaut, il ne s'occupe que de la publicité hypothécaire et laisse complètement dans l'ombre la publicité des mutations immobilières, qui cependant est tout aussi indispensable pour le bon fonctionnement du crédit que la publicité des hypothèques. Il faut dire que ce vice trouvait un léger palliatif, bien léger il est vrai, dans l'existence de l'insinuation, mais nous avons vu combien peu était efficace la sûreté qui résultait de ce mode de publicité. Cette clandestinité des transferts de propriété immobilière était encore atténuée dans ses effets par la publicité qui résultait du décret volontaire, mode de purger un immeuble des hypothèques qui le grevaient, mais qui n'était accessible qu'aux acquéreurs et non pas aux créanciers.

Il existait donc dans l'état de 1673 une lacune fâcheuse pour le crédit public, mais il n'en est pas moins vrai que cet édit contenait des décisions excellentes au point de vue de la publicité hypothécaire.

Quel était le but de Colbert en établissant cette publicité hypothécaire?

Il suffit de lire le préambule de l'édit de 1673 pour se rendre compte de ce qu'a voulu faire son auteur. Colbert nous dit :

« L'amour paternel que nous avons pour nos sujets nous obligeant de pourvoir à leurs intérêts particuliers, et l'application que nous y avons apportée nous ayant fait connaître que la conservation de leurs fortunes dépend principalement d'établir la sûreté dans les hypothèques et d'empêcher que

les biens d'un débiteur solvable ne soient consumés en frais de justice, faute de pouvoir faire paraître sa solvabilité, nous n'avons pas trouvé de meilleur moyen que de rendre publiques toutes les hypothèques et de perfectionner par une disposition universelle ce que quelques coutumes de notre royaume avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements ».

Ainsi donc, Colbert se propose deux choses : tout d'abord établir la sûreté dans les hypothèques, c'est-à-dire conférer au créancier hypothécaire un gage sur la valeur duquel il pourra compter et qu'il ne verra pas s'évanouir par la suite ; puis faire en sorte qu'un propriétaire puisse retirer de son immeuble le plus de crédit possible. Pour lui, la solution de ce problème n'est pas douteuse, la publicité de l'hypothèque est indispensable pour donner satisfaction aux deux intérêts en présence.

Comment était organisée cette publicité ?

Laissons encore parler Colbert dans le préambule de son édit.

« C'est pourquoi nous avons résolu d'établir des greffes d'enregistrement dans lesquels ceux qui auront des hypothèques pourront former et faire enregistrer leurs oppositions ; et ce faisant, seront préférés à ceux qui auront négligé de le faire, et par ce moyen on pourra prêter avec sûreté et acquérir sans crainte d'être évincé ; les créanciers seront certains de la fortune de leurs débiteurs et ne seront ni dans la crainte de les voir périr, ni dans l'inquiétude d'y veiller, et les acquéreurs seront assurés de n'être plus troublés dans les possessions par des charges ou hypothèques antérieures ».

L'édit, en conséquence, pour arriver à la publicité, crée dans chaque bailliage et sénéchaussée un greffe où seront reçues les oppositions des créanciers hypothécaires ; ce greffe

est dit greffe des enregistrements. Les oppositions correspondent à nos inscriptions hypothécaires actuelles et doivent être transcrites sur des registres tenus par les greffiers des oppositions. Ces registres sont essentiellement publics; les greffiers devaient les communiquer aux intéressés à toute réquisition et en délivrer des extraits certifiés sous leur responsabilité. Tout ceci est absolument identique à notre publicité actuelle, et la sanction de défaut de publicité est la même qu'aujourd'hui également; seuls les créanciers qui auront formé opposition sur un immeuble et qui auront fait enregistrer cette opposition pourront se prévaloir de leur hypothèque, à l'encontre des acquéreurs ou des autres créanciers; l'hypothèque est donc subordonnée à la publicité.

Cependant la publicité, telle que l'organisait l'édit de 1673, n'était pas à l'abri de tout reproche.

Tout d'abord, l'article 23 de cet édit accordait un délai de quatre mois aux créanciers hypothécaires pour faire enregistrer leurs oppositions. Si l'enregistrement avait lieu dans ce délai, l'opposition était rétroactive et produisait son effet du jour du contrat hypothécaire; passé le délai de quatre mois, l'opposition n'avait d'effet que du jour de l'enregistrement. Cette rétroactivité était pleine de dangers pour les tiers; ils s'exposaient à se voir primer par des hypothèques antérieures aux leurs, et pour lesquelles le délai d'enregistrement de l'opposition n'était pas encore expiré au moment où ils se faisaient consentir une hypothèque.

La réglementation de l'édit avait un autre gros inconvénient : les hypothèques légales de la femme mariée et du mineur étaient dispensées de toute publicité, cela résulte de l'article 57 pour le mineur, et de l'article 60 pour la femme mariée. Néanmoins, l'édit cherche à apporter un remède à cette clandestinité en adoptant une mesure qui réparaitra

plus tard dans la législation, à deux siècles d'intervalle; d'après l'article 58, les mineurs sont obligés, dans l'année qui suit leur majorité, de former leurs oppositions sur les biens de leurs tuteurs; d'après l'article 63, les femmes séparées de biens doivent le faire sur les biens de leurs maris dans les quatre mois qui suivent le jugement, et d'après l'article 64, les femmes veuves doivent faire de même dans l'année qui suit le décès de leurs maris. Si les mineurs, les femmes séparées de biens ou veuves ne font pas enregistrer leurs oppositions dans le délai convenu, ils perdent le bénéfice de leur hypothèque légale qui prenait rang, sans enregistrement d'oppositions, du jour de l'ouverture de la tutelle ou du contrat de mariage, et alors leur hypothèque ne prendra rang que du jour où ils formeront leurs oppositions.

Dans ce système, l'hypothèque légale de l'incapable reste clandestine pendant toute la durée de son incapacité. Colbert avait jugé qu'il était nécessaire de ne pas faire dépendre l'existence de ces hypothèques légales de leur publicité, mais que rien ne s'opposait à cette publicité dès que l'incapable avait recouvré sa capacité; il avait cherché, par ce moyen, à concilier et l'intérêt des créanciers, et l'intérêt des incapables, sans d'ailleurs y parvenir; l'intérêt des créanciers était certainement sacrifié, étant donné l'incertitude où ils se trouvaient sur la valeur du gage qu'on leur offrait en garantie.

Malgré ces lacunes, l'édit de 1673 constituait un énorme progrès sur ce qui existait auparavant au point de vue de la publicité. Au point de vue de la spécialité, l'édit ne contient pas grand'chose : sans doute, l'article 13 dit bien que « l'opposition contiendra les sommes ou droits pour lesquels elle sera formée », c'est la spécialité des créances garanties, et l'article 15 ajoute : « Le créancier sera tenu de déclarer, par son opposition, la ville, le bourg, le village, le hameau, la

paroisse et terroir où l'immeuble est situé, sa dénomination s'il en a une et le nom du propriétaire, et si c'est une maison qui soit située dans une ville ou bourg, la rue sera désignée » ; c'est la spécialité du gage hypothécaire. On pourrait donc croire que l'édit de 1673, en même temps qu'il a établi la publicité, a introduit également la spécialité, mais ce serait là une erreur profonde : l'édit de 1673 a laissé subsister l'hypothèque générale sur les biens présents et à venir : comme on avait l'habitude de stipuler une hypothèque générale, et que dans ce cas il était absolument impossible de la spécialiser, on peut dire que Colbert n'a rien fait pour la spécialité, qu'il ne s'est occupé que de la publicité.

Le sort de cet édit ne devait pas être heureux, le parlement et la noblesse se coalisèrent pour le faire échouer et, dès l'année suivante, en avril 1674, l'édit fut révoqué et voici ce que dit Colbert à propos de cette révocation : « Quoique nos sujets, dit le préambule de l'édit de révocation, puissent recevoir de très considérables avantages de son exécution, néanmoins, comme il arrive ordinairement que les règlements les plus utiles ont leurs difficultés dans leur premier établissement et qu'il s'en rencontre dans celui-ci qui ne peuvent être surmontées dans un temps où nous sommes obligés de donner nos applications principales aux affaires de la guerre, nous avons résolu de le révoquer ». A la vérité, ce ne fut pas là le vrai motif de la révocation de l'édit et Colbert lui-même va nous donner ce motif dans son testament politique : « Le parlement n'eut garde de souffrir un si bel établissement qui eût coupé la tête à l'hydre des procès dont il tire toute sa subsistance. Il démontra que la fortune des plus grands de la cour s'allait anéantir par là, et qu'ayant, pour la plupart, plus de dettes que de biens, ils ne trouveraient plus de ressources dès que leurs affaires seraient

découvertes. Ayant eu, sous ce prétexte, engagé tant de sûretés considérables dans leurs intérêts, ils cabalèrent si bien qu'il fut sursis à l'édit qui en avait été donné ».

Ainsi donc, nous pouvons dire que, durant tout le ^{xvii}^e et le ^{xviii}^e siècles, l'hypothèque fut occulte et générale. Ce sera à la Révolution que reviendra le mérite d'introduire des principes différents dans notre législation.

CHAPITRE IV

DROIT INTERMÉDIAIRE

SECTION PREMIÈRE

ŒUVRE DES ASSEMBLÉES CONSTITUANTE ET LÉGISLATIVE

L'œuvre de ces deux assemblées, tant au point de vue de la publicité des transferts de la propriété immobilière qu'au point de vue de la publicité et spécialité hypothécaires, fut assez maigre. Ces deux assemblées furent occupées à réaliser des réformes d'un ordre tout différent et n'eurent pas le temps nécessaire pour mener à bonne fin une refonte entière du régime hypothécaire.

Sans doute, l'Assemblée constituante fut saisie de nombreux projets de loi ayant pour but d'établir un nouveau système de publicité; elle renvoya ces projets à un comité spécial qui fut chargé de les étudier; mais la Constituante n'eut pas le temps de se prononcer sur les travaux de ce comité et l'Assemblée législative, à qui elle confia ce soin, n'en eut pas plus le loisir.

Ces deux premières assemblées révolutionnaires ne purent faire que des lois transitoires que rendait absolument nécessaires le changement survenu dans l'état social et administratif du pays.

La principale de ces lois fut le décret du 27 septembre 1790.

La suppression des justices seigneuriales prononcée par les lois du 4 août 1789 devait naturellement entraîner celle des devoirs de loi. Mais en attendant une loi générale pour toute la France sur la manière de consolider les aliénations et de rendre les hypothèques publiques, il fallait pour les pays de nantissement une loi provisoire qui leur donnât le moyen de suppléer à des formalités que l'on ne pouvait plus y remplir. Tel fut l'objet de la loi qui fut décrétée le 19 septembre 1790 et sanctionnée le 27 du même mois.

L'article 3 de cette loi était ainsi conçu : « A compter du jour où les tribunaux de district seront installés dans les pays de nantissement, les formalités de saisine, dessaisine, déshérédation, vest, dévest, reconnaissance échevinale, mise de fait, main assise, plainte à loi et généralement toutes celles qui tiennent au nantissement féodal ou censuel, seront et demeurent abolies; et, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque en tiendra lieu et suffira, en conséquence, pour consommer les aliénations et les constitutions d'hypothèques, sans préjudice, quant à la manière d'hypothéquer les biens, de l'exécution de l'article 35 de l'édit du mois de juin 1771 et de la déclaration du 27 juin 1772 dans les pays de nantissement où elles ont été publiées ». De plus, l'article 4 ajoutait : « Lesdites transcriptions seront faites par les greffiers des tribunaux de district de la situation des biens, selon l'ordre dans lequel les grosses des contrats leur auront été présentées, et qui sera constaté par un registre particu-

lier dûment coté et paraphé par le président de chacun des tribunaux. Les registres destinés à ces transcriptions seront pareillement cotés et paraphés et les greffiers seront tenus de les communiquer sans frais aux requérants ».

Telles étaient les dispositions qui réglementèrent la publicité des contrats d'aliénation et d'hypothèque dans les pays de nantissement. C'est pour la première fois qu'on voit figurer dans un texte législatif français le mot transcription, et c'est par cette unique institution qu'on assurera la publicité des aliénations et des hypothèques dans le Nord de la France jusqu'à la publication de la loi du 11 brumaire an VII dont l'article 36 a abrogé les dispositions du décret de 1790 comme devenues inutiles au moyen du nouveau régime hypothécaire qu'elle établissait.

L'Assemblée Constituante et la Législative n'avaient donc pas établi un système de publicité s'étendant à toute la France; ce sera la Convention nationale qui règlera la publicité des aliénations et des hypothèques dans un décret à jamais célèbre, le décret du 9 messidor an III.

SECTION II

DÉCRET DU 9 MESSIDOR AN III

Au point de vue de la publicité des aliénations immobilières, le décret du 9 messidor an III établit un système très défectueux, différent dans son efficacité, selon que le tiers intéressé sera un acquéreur ou un créancier hypothécaire; pour le créancier hypothécaire, il remplit son but en faisant connaître de façon précise le nom du propriétaire, mais il n'en est pas de même pour un acquéreur.

Tout le système du décret de messidor repose sur une idée fondamentale, celle de la déclaration foncière. Le proprié-

taire d'un immeuble, avant de l'aliéner ou de le grever d'hypothèque, doit faire une déclaration détaillée de ses biens au bureau de la conservation des hypothèques. Cette déclaration doit contenir les noms, profession et domicile du propriétaire, la désignation des biens qu'il possède dans la commune et chaque immeuble doit être individualisé de façon spéciale. La déclaration foncière est la base de la publicité, car elle sert à déterminer de façon précise quel est l'immeuble qui est aliéné ou hypothéqué. On peut donc dire qu'elle joue un rôle analogue à celui que remplit notre cadastre actuel.

Pour assurer la publicité des aliénations, l'acquéreur doit déposer son titre d'acquisition au bureau de la conservation des hypothèques. Malheureusement, ce dépôt ne donnera pas à l'acquéreur une propriété incommutable, il n'aura qu'un seul effet, celui d'arrêter les inscriptions d'hypothèques consenties par l'aliénateur, il ne constatera pas de façon absolue le droit de propriété de l'acheteur ⁽¹⁾.

Au point de vue hypothécaire, les décisions du décret de messidor sont conçues dans un esprit tout différent : pour les créanciers hypothécaires, les titres de propriété seront inattaquables dès qu'ils auront été publiés au bureau de la conservation ; pour eux, le seul et le vrai propriétaire sera celui qu'indiquent les registres publics des conservateurs. Les créanciers hypothécaires pourront donc contracter en toute sécurité d'après les renseignements que leur fourniront les registres, tandis qu'il n'en est pas de même des acquéreurs.

Le décret de messidor a également établi la publicité hypothécaire. Toutes les hypothèques, quelle que soit leur

(1) La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 juin 1816, a même jugé que le dépôt à la conservation ne confère pas à l'acquéreur un droit supérieur à celui d'un acheteur antérieur qui n'a pas procédé aux formalités de publicité.

source, doivent être inscrites sur les registres de la conservation des hypothèques pour être opposables aux tiers; l'hypothèque tacite de l'ancien droit est donc supprimée. Toutefois, le décret de messidor a continué à suivre en partie les errements de l'ancien droit et il a adopté une mesure qui amoindrit considérablement les effets salutaires de la publicité; le rang des créanciers hypothécaires ne sera pas réglé d'après l'ordre de leurs inscriptions, car tout créancier a un délai d'un mois pour procéder à l'inscription; faite dans ce délai, l'inscription rétroagit au jour de la naissance de l'hypothèque, et c'est cette dernière date qui réglera la préférence.

Au point de vue de la spécialité, le décret de messidor n'a rien fait et il l'a laissée complètement dans le silence, ses auteurs n'ayant pas l'air de se douter que sans la spécialité la publicité ne peut être qu'incomplète. La généralité de l'hypothèque résulte de plusieurs dispositions. Ainsi l'article 8 dit que tout citoyen peut hypothéquer ses biens présents et à venir; d'après l'article 10 : « Il résulte en faveur du créancier hypothèque sur les biens présents et à venir de son débiteur contre lequel il est intervenu, soit un jugement de reconnaissance d'écrit privé ou de condamnation, soit une sentence arbitrale rendue exécutoire. Enfin l'article 26 dispose : « L'hypothèque inscrite s'étend sur tous les biens présents et à venir de l'obligé ou condamné situés dans l'arrondissement du bureau où l'inscription a été faite ».

Ainsi le code de messidor arrive à ce résultat, hypothèque publique mais générale.

Notre décret ayant supprimé les hypothèques tacites, qu'allait-il décider à l'égard des hypothèques légales?

Il allait les supprimer également purement et simplement et même cette suppression résulte indirectement des disposi-

tions du décret, si elle n'est pas formulée de façon expresse. Ainsi l'article 7 dit qu'il n'y a que deux sortes d'hypothèques : l'hypothèque volontaire et l'hypothèque forcée, cette dernière correspondant à notre hypothèque judiciaire. De plus, les articles 261 et 262, sous la rubrique « des hypothèques pour le passé », réglementent la manière dont sera prise l'inscription des hypothèques de la femme mariée ou du mineur nées avant la promulgation de la loi ; l'article 261 décide que l'hypothèque légale de la femme mariée sera inscrite par elle-même « sans qu'il lui soit nécessaire de recourir à l'autorisation de son mari nonobstant toutes les lois et coutumes contraires » ; d'après l'article 262, l'inscription de l'hypothèque légale du mineur sera prise à la diligence de ses parents ou amis. Ce n'étaient pas là des moyens très sûrs d'arriver à l'inscription de ces hypothèques, mais puisque la loi déniait aux incapables leur hypothèque pour l'avenir, pourquoi aurait-elle cherché des mesures pour conserver un droit qu'elle jugeait inutile ?

Telle était la législation de l'an III, elle réalisait un progrès considérable sur ce qui existait auparavant, mais elle contenait de très graves lacunes et peut-être les incapables étaient-ils négligés par elle.

Quoi qu'il en soit, ce décret ne fut jamais appliqué, il devait entrer en vigueur à partir du 1^{er} nivose an IV, mais on ne tarda pas à reconnaître qu'il devait être remanié et il fut prorogé par les lois du 26 frimaire an IV, du 19 ventôse et du 19 prairial suivants ; enfin la loi du 28 vendémiaire an V le prorogea indéfiniment et il fut remplacé par la loi du 11 brumaire an VII.

SECTION III

LOI DU 11 BRUMAIRE AN VII

Cette loi organisa la publicité des aliénations immobilières, la publicité et la spécialité des hypothèques.

Au point de vue de l'organisation de la publicité des aliénations immobilières, la loi de l'an VII ne fait que généraliser à toute la France les dispositions que le décret du 27 septembre 1790 avait édictées pour les pays de nantissement : elle assujettit, en effet, toutes les transmissions d'immeubles susceptibles d'hypothèques à la formalité de la transcription sur les registres publics des conservations et cette transcription, qui est la copie intégrale de l'acte de mutation, opère le transfert de la propriété à l'égard des tiers : jusqu'à la transcription, l'aliénation ne leur est pas opposable. Ce système est celui que, plus tard, reprendra la loi du 23 mars 1855.

Au point de vue de la publicité hypothécaire, toutes les hypothèques, quelle que soit leur source, conventionnelle, légale ou judiciaire, doivent être inscrites, et, à la différence de la loi de messidor qui établissait un délai pour l'inscription, la loi de brumaire décide, dans son article 2, que l'hypothèque ne prendra rang et que les privilèges sur les immeubles n'auront d'effet que par leur inscription dans les registres publics à ce destinés.

Cette inscription est un résumé analytique de l'acte donnant naissance à hypothèque ; ce résumé est fait sur deux bordereaux qui doivent contenir les mentions qui sont indiquées dans l'article 17.

Au point de vue de la spécialité, la loi de brumaire contient une innovation importante : c'est elle qui fera disparaître l'hypothèque générale et indéterminée : en effet, dans son

article 17, elle exige que le créancier indique dans ses bordereaux : 1° le montant des capitaux et accessoires ; 2° l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il entend conserver son hypothèque ou privilège. Mais la spécialité n'est pas appliquée partout : l'hypothèque judiciaire est indéterminée quant à la somme et porte sur tous les biens présents du condamné ; les hypothèques légales sont indéterminées quant à la somme et portent sur les biens présents et à venir du débiteur.

Comment sont organisées les hypothèques légales dans la loi de l'an VII ?

Notre loi a rétabli les hypothèques légales qui avaient été supprimées par le décret de l'an III, mais comme toutes les hypothèques, elles sont soumises à inscription et prennent rang du jour de cette inscription, mais elles sont indéterminées et générales.

La généralité des hypothèques légales résulte de l'article 17 qui énumère les mentions que doit contenir un bordereau d'inscription : après avoir, dans son cinquième paragraphe, exigé l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels le créancier entend conserver son hypothèque ou privilège, il ajoute que cette disposition n'est pas applicable aux hypothèques légales, que l'inscription de ces hypothèques est faite sans qu'il soit besoin de désignation de biens grevés.

L'indétermination des hypothèques légales résulte de l'article 21, qui énumère les mentions que doit contenir un bordereau d'inscription d'hypothèque légale ; au lieu d'exiger la mention du montant des capitaux et accessoires comme pour l'hypothèque conventionnelle, il se contente d'exiger la mention de la nature du droit qu'il s'agit de conserver, « sans être tenu d'en déterminer le montant », ajoute-t-il.

Comme toutes les hypothèques, les hypothèques légales sont soumises à inscription. Aussi la loi de brumaire prend des mesures pour s'assurer autant que possible que l'inscription sera prise. D'après son article 22, pour l'hypothèque légale du mineur, le subrogé-tuteur et les parents ou amis qui concourent à la nomination du tuteur sont tenus individuellement, et sous leur responsabilité solidaire, de requérir inscription; pour l'hypothèque légale de la femme mariée, la loi ne prévoit qu'un cas, celui où la femme se marie étant mineure et alors ce sont ses père et mère ou tuteur, sous l'autorité de qui elle s'est mariée, qui sont rendus responsables du défaut d'inscription; mais si la femme était majeure lors de son mariage, c'est à elle-même qu'elle doit s'en prendre si l'inscription n'a pas été requise. Enfin si l'inscription de l'hypothèque légale soit du mineur, soit de la femme mariée tarde à être prise, c'est le commissaire du directoire exécutif qui devra requérir cette inscription.

La loi de brumaire croyait avoir concilié par ces dispositions l'intérêt du crédit public et celui des incapables. Mais à notre avis, elle n'avait satisfait ni à l'un ni à l'autre. Le crédit public exige que toutes les hypothèques soient publiques et spéciales sans exception aucune : l'indétermination ou la généralité fait toujours peser une incertitude funeste. Mais par contre avait-on, en sacrifiant le crédit public, donné pleine garantie aux incapables pour la protection de leurs droits? L'histoire nous apprend le contraire et nombreuses furent, sous le régime de la loi de l'an VII, les ruines des mineurs et des femmes mariées.

Aussi le code civil sera-t-il une œuvre de réaction.

DEUXIÈME PARTIE

Les hypothèques légales dans le code civil et les projets de réforme français jusqu'à la réforme partielle de 1855.

Dans la première partie de notre étude nous avons essayé de donner une idée d'ensemble de la publicité tant des hypothèques que des transferts immobiliers et de la spécialité hypothécaire. Il nous a paru intéressant de montrer l'évolution qui s'est faite à travers les âges à propos de la publicité des aliénations immobilières, cette publicité étant indispensable pour l'établissement d'un bon régime hypothécaire, lequel exige que les créanciers soient à même de savoir quel est le véritable propriétaire d'un immeuble. Nous avons de plus étudié la publicité et la spécialité hypothécaires en général, pourquoi, quand et comment ces deux idées se sont fait jour dans la législation.

Il est temps maintenant de faire rentrer notre travail dans les limites que nous nous sommes tracées primitivement.

Dans la suite de cet ouvrage, nous ne nous occuperons plus de la publicité des transferts immobiliers. Nous nous bornerons à dire ici que cette idée de publicité, bien qu'elle fût jugée indispensable lors de la confection de notre code civil, dis-

parut cependant de notre législation et qu'elle n'y reparaîtra qu'avec la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, qui rétablira cette institution de façon définitive chez nous.

Quant à la publicité et à la spécialité hypothécaires, nous ne nous en occuperons plus qu'à propos des hypothèques légales et nous aurons à nous demander si ces hypothèques légales constituent une protection suffisante des droits de la femme mariée et du mineur. Nous ne parlerons pas de la publicité et de la spécialité soit des privilèges, soit des hypothèques conventionnelles ou judiciaires, bien que cependant il serait intéressant de voir ce qu'il serait possible de faire en ces matières au point de vue de l'organisation du crédit immobilier.

CHAPITRE PREMIER

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES DANS LE CODE CIVIL

SECTION PREMIÈRE

DISCUSSION DU CODE CIVIL

L'œuvre de la loi du 11 brumaire an VII ne devait avoir qu'une application éphémère et la réforme qu'elle avait introduite dans notre législation hypothécaire devait bientôt disparaître.

En effet, sous le Consulat, quand on procéda à la codification générale de nos lois, les avis étaient très partagés à propos des avantages ou des inconvénients que présentait l'application de nos principes de la publicité et de la spécialité aux hypothèques : la commission chargée d'élaborer un projet était composée en grande partie de jurisconsultes

opposés au système de la loi de brumaire; elle rédigea en conséquence une proposition qui rétablissait dans ses grandes lignes le régime hypothécaire antérieur à 1789, et la plupart des tribunaux d'appel qui furent appelés à donner leur avis en la matière se rangèrent à l'opinion de la commission; il ne se trouva que huit tribunaux, ceux de Paris, de Lyon, de Bruxelles, de Caen, de Douai, de Grenoble et de Montpellier, et le tribunal de cassation qui se prononcèrent en faveur de la publicité et de la spécialité « affirmant comme juges, et d'après leur actuelle expérience, que le principe de la publicité et de la spécialité des hypothèques est essentiellement conservateur de la propriété, créateur du crédit public et du crédit particulier, régénérateur de la bonne foi et des mœurs ».

Une telle réprobation de la loi de l'an VII manifestée par la quasi unanimité des corps judiciaires de la France devait amener la section de législation du conseil d'Etat à étudier de façon toute particulière l'opportunité de la conservation ou du rejet du système de la loi de l'an VII. Dans cette section, deux opinions furent tour à tour défendues : la première par les membres qui désiraient le maintien de la législation actuelle, la seconde par ceux qui voulaient en revenir à la législation de la monarchie. Devant ce dissentiment, la section de législation résolut de porter à la connaissance du conseil d'Etat les arguments des défenseurs et des adversaires de la publicité et de la spécialité. En conséquence, deux rapports furent faits au conseil d'Etat : le premier fut présenté par Bigot-Préameneu dans le sens de la clandestinité et généralité des hypothèques, le second le fut par le conseiller Réal en faveur de la publicité et spécialité.

Le projet de loi sur les hypothèques vint en discussion au conseil d'Etat le 12 pluviôse an XII (2 février 1804), et devant

lui, la même diversité d'opinions devait se manifester qu'au sein de sa section de législation.

Ce fut Bigot-Préameneu qui entama la discussion par la lecture de son rapport.

Dans ce rapport, il se propose de démontrer que la publicité et la spécialité sont deux choses tout à fait inutiles.

Après avoir tout d'abord rappelé l'état de la législation antérieure à l'an VII, il établit que la publicité est insuffisante pour constater l'état de la fortune du débiteur, à cause de l'existence des hypothèques légales qui sont indéterminées : « On ne saurait contester, dit-il, que la quantité des hypothèques indéterminées ne soit ruineuse et que le nombre des maris, des tuteurs ne soit pas beaucoup plus considérable que celui des emprunteurs par hypothèque. Le résultat final et certain est que la plus grande masse d'immeubles est habituellement grevée d'hypothèques indéterminées et que par ce motif on ne peut connaître la situation de la fortune du plus grand nombre des propriétaires ».

Après avoir constaté de cette façon que la publicité ne peut pas renseigner les tiers sur l'état de fortune des débiteurs à cause de l'existence des hypothèques légales indéterminées, il ajoute que ces hypothèques ne sont pas susceptibles d'évaluation. « Comment apprécier les droits qui peuvent, pendant tout le cours du mariage, devenir l'objet de l'hypothèque d'une femme sur les biens de son mari ? Comment prévoir les résultats d'une mauvaise administration, les droits qu'il aura laissé prescrire, les biens qui surviendront à la femme par succession ou autrement et qu'il n'aura ni constatés ni conservés, en un mot tous les genres de fautes dont il est responsable ? La responsabilité des tuteurs est ni moins étendue ni moins certaine. Et d'ailleurs quel serait le mode possible d'exécution ? Quel est le genre d'arbitrage ou

d'expertise qui serait infligé pour fixer l'hypothèque d'une femme ou d'un mineur? Il n'y aurait pour une semblable opération aucune base. Les femmes et les mineurs ne seraient-ils pas exposés à des risques évidents, si l'on jugeait du mari ou du tuteur par les apparences qui sont toujours favorables à l'époque où le mariage et la tutelle commencent, et si l'on calculait sur les biens alors existants, tandis que le plus souvent la fortune s'accroissant pendant le mariage, la tutelle exige une garantie plus forte? »

Ayant donc ainsi combattu la spécialité des hypothèques légales, le rapporteur va s'en prendre à leur publicité, et tout d'abord il établira qu'il est impossible de faire dépendre l'existence de ces hypothèques de leur inscription, et il dira en ce sens « ce n'est pas seulement par l'intérêt privé des parties que les hypothèques légales ont été établies indépendamment de leur convention, c'est encore pour des motifs d'ordre public. La loi serait en contradiction avec elle-même, si d'une part elle déclarait que l'ordre public exige que le droit d'hypothèque soit restreint à telles créances, tandis que d'une autre part elle ferait dépendre cette hypothèque d'une inscription qui pourrait être involontairement ou même volontairement omise. Ce serait créer d'une main ce que l'on détruirait de l'autre. A l'égard des femmes, la réclamation est générale en leur faveur. L'expérience a appris que non seulement à l'époque du changement de loi en l'an VII, mais encore depuis que le système nouveau est en pleine activité, cette classe formant une moitié de la société et jusqu'alors protégée, a été en grande partie dépouillée sans retour de ses biens. Les femmes n'ont aucune part à la formation ni à l'exécution de la loi. On ne peut pas supposer qu'elles la connaîtront mieux à l'avenir. Elles sont sous tous les rapports dans la dépendance de leurs maris intéressés à ce que les

formalités ne soient pas remplies, et parmi ceux mêmes qui ne voudraient pas faire tort à leurs femmes, combien n'en est-il pas qui négligent et qui regardent comme inutile la formalité de l'inscription. Voudrait-on rendre responsables du défaut d'inscription les parents qui dotent? Mais déjà on a statué que les père et mère eux-mêmes ne sont pas obligés de doter, à plus forte raison ne doivent-ils pas être responsables de la dot. Les immeubles restent ordinairement dans les mains des père et mère lorsqu'ils marient leurs enfants. Le mari n'aura pas alors de biens sur lesquels la femme puisse prendre inscription, il serait injuste que des créanciers pussent s'inscrire avant elle sur les biens qui surviendraient au mari et dont souvent elle n'aurait même pas connaissance. Observez enfin qu'il s'est toujours fait un assez grand nombre de mariages sans que les conditions en aient été réglées par un contrat, aucune loi ne l'exige encore, le système des inscriptions en imposerait la nécessité. C'est, en oubliant la nature de l'hypothèque légale, mettre une gêne aux mariages lorsque tout devrait tendre à les favoriser. Les mineurs ont le plus souvent pour tuteur le survivant des père et mère. Il faut toujours éviter de mettre en opposition d'intérêt les maris et les femmes, les enfants et leurs père ou mère. La paix des familles constitue le bonheur public, cette idée morale et politique a été jusqu'à présent suivie dans la composition du code et elle a eu l'assentiment général, on s'en écartera si l'on fait dépendre d'une inscription la fortune des femmes et des mineurs, c'est, au lieu de la paix, établir dans les familles, l'injustice, la fraude et la discorde ».

Enfin pour détourner les membres du Conseil d'Etat de l'idée d'établir la publicité des hypothèques légales, Bigot-Préameneu termine en constatant que l'inscription est totale-

ment inutile pour arriver à la publicité et que cette publicité résulte des conditions mêmes d'établissement du mariage et de la tutelle, qui sont deux états connus de tous : « L'état de femme mariée n'est-il pas rendu complètement notoire par les solennités qui l'accompagnent et par la cohabitation des époux ? La qualité de tuteur n'est-elle pas publique ? Il ne résulte donc pour les autres créanciers aucun avantage de cette inscription et c'est de cette vaine formalité que l'on veut faire dépendre le sort des femmes et des mineurs ».

Après la lecture de ce rapport, s'ouvrit la discussion. Cette dernière devait être très longue : la publicité et la spécialité trouvèrent des défenseurs aussi acharnés que l'étaient ses adversaires, et chacun insista pour faire prévaloir le système qu'il péconisait.

Ce fut tout d'abord Treilhard qui prit la défense de la loi de brumaire, et même il ajouta à cette loi en faisant voir les avantages que présentait la spécialité des hypothèques légales, spécialité que rejetait la loi de l'an VII : « Le Conseil, disait-il, aura cependant à examiner s'il convient d'exiger que l'hypothèque prise sur les biens du tuteur ou toute autre hypothèque légale soit déterminée par l'inscription. S'il décide qu'elle doit l'être, le tuteur trouvera du crédit sur la partie de ses biens non grevés. Si l'inscription doit être indéterminée, il lui deviendra impossible d'emprunter, à moins que ce ne soit par la confiance qu'il inspirera personnellement ».

Le consul Cambacérès approuva M. Treilhard en ce qu'il avait soutenu la publicité et la spécialité des hypothèques, mais il ne put pas le suivre en ce qui touche aux hypothèques légales. « Il est du devoir du législateur de veiller à la sûreté de ces sortes d'hypothèques, elles se lient à l'intérêt public. L'Etat est intéressé à ce que les femmes ne perdent point leur

dot, à ce que les mineurs ne soient pas dépouillés de leur patrimoine. Or c'est ici le côté faible de la loi du 11 brumaire, car ne faisant pas résulter l'hypothèque de la nature de la dette mais de la formalité de l'inscription, il s'ensuit que si l'inscription n'a pas été formée, les intérêts des femmes et des mineurs se trouvent compromis ».

M. Tronchet se déclara ensuite opposé à la loi de l'an VII et affirma que le système de cette loi n'est qu'une invention fiscale qui au surplus n'a même pas le mérite de la nouveauté.

Puis, d'après M. Portalis, on doit maintenir le système de la loi de brumaire an VII sous le rapport de la publicité, pourvu qu'on ne l'étende pas aux hypothèques légales. Quant à la spécialité, on peut l'admettre à l'égard de tous les engagements, si ce n'est ceux qui de leur nature sont indéterminés.

La discussion menaçait de s'éterniser, et c'est alors qu'intervint le Premier Consul. Celui-ci déclara qu'il apercevait trois systèmes différents : celui des lois romaines, qui n'admet ni publicité ni spécialité ; celui de l'édit de 1771, qui admet la publicité sans la spécialité ; celui de la loi du 11 brumaire an VII, qui admet également et la publicité et la spécialité. Le Consul ajouta que, d'après ce qu'il venait d'entendre, le système du droit romain lui paraissait plus dans la nature et dans les principes de la justice civile en ce qu'il donne la garantie la plus entière pour les hypothèques légales. L'édit de 1771 leur est moins favorable puisqu'il exige, pour la maintenir, la formalité de l'opposition. Mais la loi du 11 brumaire an VII les anéantit dans leurs effets, car les femmes et les mineurs ne les obtiennent que dans le cas où il a été formé inscription à leur profit. Serait-il impossible de concilier ces divers systèmes ? Ne pourrait-on pas laisser subsister

la nécessité de l'inscription pour toutes les hypothèques, hors les hypothèques légales, car la loi doit défendre celui qui ne peut se défendre lui-même? On n'a point répondu à cette question; or la femme, le mineur sont incapables de veiller à leurs intérêts, et cependant dans l'état actuel des choses, il ne faut pas que l'omission d'une formalité puisse leur enlever l'hypothèque que la loi a entendu leur assurer. La justice civile s'oppose à ce qu'on reporte sur le mineur et sur la femme les suites d'une négligence qu'il n'était pas en leur pouvoir d'empêcher. Ce principe ne doit pas être sacrifié au désir, très louable d'ailleurs, de rendre les transactions plus sûres. Il ne faut pas acheter au prix d'une injustice l'avantage de simplifier la loi : tous les principes doivent être également respectés. Il semble qu'on parviendrait à tout concilier si on décidait que les hypothèques légales frapperaient de plein droit les immeubles du mari et du tuteur, que cependant il est permis au mari de les restreindre à une portion suffisante de ses biens si la femme y consent, que la même faculté est donnée au tuteur.

Ce fut l'opinion du Premier Consul qui devait prévaloir. Après son intervention, la discussion continua, mais on finit par se ranger à son avis et le Conseil adopta en principe que toute hypothèque serait publique, que l'hypothèque conventionnelle serait toujours spéciale, que la sûreté de la femme et du mineur devait être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs.

De là sortit la loi qui fut adoptée le 28 ventôse après quelques amendements.

Cette loi, qui forma le titre des hypothèques dans notre code civil, était une transaction entre les deux principes adverses.

SECTION II

DISPOSITIONS DU CODE CIVIL RÉGLEMENTANT LES HYPOTHÈQUES LÉGALES

Bien que la matière des hypothèques légales, telle que la règle le code civil, soit connue, il nous paraît cependant indispensable de faire ici un exposé du système adopté aussi succinct que possible, pour nous rendre compte de la clandestinité et généralité de ces hypothèques.

D'après les auteurs du code, la publicité et la spécialité étaient choses désirables ; aussi s'efforcèrent-ils, par des moyens que nous voulons mettre sous les yeux, à engager les incapables à faire inscrire leurs hypothèques ; il faut donc que nous nous pénétrions de l'inefficacité des mesures édictées dans ce but pour que nous puissions nous faire une opinion exacte sur le régime du code civil et voir ce en quoi il aurait besoin d'être réformé.

Nous distinguerons les dispositions relatives à la publicité et les dispositions relatives à la spécialité.

1° Dispositions relatives à la publicité. — Relativement à la publicité des hypothèques légales, plusieurs questions se posent et tout d'abord nous devons nous demander quel est le rang des hypothèques légales.

Les hypothèques légales étant clandestines, leur rang est indépendant de leur inscription : les hypothèques légales sont donc soumises à un système spécial quant à l'exercice du droit de préférence.

Le code ne règle pas de la même manière le rang de l'hypothèque légale de la femme et celui de l'hypothèque légale du mineur. D'après l'article 2135, l'hypothèque légale de la femme a des rangs variables suivant la nature des droits de créance qu'il s'agit de garantir ; le code civil pose

en principe que cette hypothèque prendra rang du jour du mariage, et en cela il suit la doctrine de l'ancien droit qui assignait ce rang unique à l'hypothèque de la femme; mais, craignant une collusion possible entre la femme et son mari, les auteurs du code, sur les observations du Tribunat, décidèrent que la femme n'aurait hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour où les donations auraient leur effet. De plus, pour les dettes que la femme contracte avec son mari et pour le emploi de ses propres aliénés, elle n'a hypothèque que du jour de l'obligation ou de la vente.

L'hypothèque légale du mineur a un rang unique, elle date du jour de l'acceptation de la tutelle, quelle que soit la créance qu'il s'agisse de garantir et bien qu'elle soit née au cours de la tutelle.

Les hypothèques légales naissent donc sans que rien vienne avertir les tiers de leur existence : aussi les auteurs du code édictèrent-ils des mesures qui, dans leur esprit, devaient assurer l'inscription de ces hypothèques, sans que cependant cette inscription fût une condition de leur naissance.

Tout d'abord le code oblige certaines personnes à prendre inscription. Ce sont, en première ligne, les maris et les tuteurs, que l'article 2136-1° charge de requérir eux-mêmes inscription sur les biens leur appartenant et sur ceux qui pourront leur arriver par la suite, et cela sans qu'aucun délai leur soit accordé; et l'art. 2136-2° établit une sanction : si le mari ou le tuteur omet de prendre inscription et s'il consent des hypothèques sur ses immeubles sans déclarer expressément qu'ils sont affectés à l'hypothèque légale de la femme ou du mineur, il est réputé stellionataire et comme tel contraignable par corps.

En second lieu, d'après l'article 2137, les subrogés tuteurs doivent veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur et même au besoin faire faire lesdites inscriptions. Si le subrogé tuteur est négligent dans l'accomplissement de ce devoir, la loi le déclare tenu sous sa responsabilité personnelle et sous peine de tous dommages-intérêts.

Enfin l'article 2138 impose l'obligation au ministère public de faire faire les inscriptions si les maris, les tuteurs ou subrogés tuteurs n'y procèdent pas eux-mêmes; mais ici la loi n'édicte aucune sanction.

Pour plus de garantie, le code civil permet à certaines personnes de requérir l'inscription des hypothèques de la femme et du mineur, et l'article 2139 confère ce droit, pour la femme mariée, à ses parents et aux parents de son mari, pour le mineur, à ses parents et à ses amis. De plus, il reconnaît ce même droit à la femme et aux mineurs eux-mêmes; bien entendu, l'inscription étant un acte conservatoire, la femme n'a pas besoin de l'autorisation de son mari, ni le mineur de l'assistance de son tuteur pour requérir l'inscription de leur hypothèque.

Toutes ces dispositions prouvent surabondamment que les auteurs du code étaient persuadés que les hypothèques légales seraient rendues publiques. Mais, comme nous l'avons dit, l'hypothèque légale, même si elle n'est pas inscrite, n'en existe pas moins et produira tous ses effets contre les tiers acquéreurs ou les créanciers hypothécaires du mari ou du tuteur. Il est cependant un cas où l'inscription de l'hypothèque légale sera une condition de son existence : c'est dans le cas où un tiers se porte acquéreur d'un immeuble du mari ou du tuteur et procède à la purge des hypothèques légales, alors les incapables sont mis en demeure de faire apparaître

leur hypothèque dans un certain délai; passé ce délai, ils perdront tout droit sur l'immeuble vendu par le mari ou le tuteur et ils ne pourront plus faire aucune saisie contre l'acquéreur; toutefois l'extinction de l'hypothèque ne sera pas entière par son défaut de publicité : l'hypothèque continuera à produire ses effets à l'encontre des créanciers hypothécaires du mari ou du tuteur, et les incapables pourront encore intervenir pour primer ces créanciers dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix de vente.

2° *Dispositions relatives à la spécialité.* — En principe, les hypothèques légales de la femme mariée et du mineur sont générales et indéterminées. En effet, l'article 2121 confère hypothèque à la femme mariée sur les biens de son mari et au mineur sur ceux de son tuteur, et il faut entendre cette expression « sur les biens » dans le sens de tous les immeubles présents et à venir (art. 2122). De plus, l'hypothèque est accordée à la femme et au mineur, d'après l'article 2121, pour garantie de leurs droits et créances. Cette expression est fort générale, et toute créance de la femme contre son mari ou du mineur contre son tuteur est, en principe, garantie par l'hypothèque, quelle que soit la source de l'obligation du mari ou du tuteur et quelle que soit la chose due.

Cette généralité et cette indétermination des hypothèques légales de la femme et du mineur ruinent absolument le crédit du mari ou du tuteur. Aussi la loi prend-elle des mesures pour permettre la spécialisation du gage hypothécaire; mais nous remarquerons qu'elle n'a rien fait pour arriver à la détermination des créances qu'il s'agit de garantir; d'ailleurs, c'est sur l'impossibilité de procéder à cette détermination, que les auteurs du code ont basé leur système de clandesti-

nité des hypothèques légales : dès lors, il n'est pas étonnant de ne rencontrer dans leur œuvre aucune disposition permettant aux parties d'établir la spécialité des créances garanties par l'hypothèque légale.

Les auteurs du code ont donc été frappés des inconvénients que présentait la généralité de l'hypothèque légale ; aussi ont-ils permis aux parties d'opérer une réduction du gage affecté à la garantie de la femme ou du mineur. Cette réduction, selon le procédé qu'on emploiera pour la réaliser, pourra faire obtenir la spécialité de l'hypothèque légale : en effet, on peut opérer cette réduction de deux façons : ou bien on peut affranchir certains biens de l'hypothèque et alors tous les biens désignés sont libres tandis que tous les autres restent hypothéqués, dans ce cas l'hypothèque reste générale ; ou bien on peut réduire l'hypothèque à un ou plusieurs biens, alors l'hypothèque devient spéciale et tous les autres immeubles présents ou à venir en sont exempts.

Toutefois la réduction de l'hypothèque légale est considérée comme dangereuse pour la femme ou pour le mineur et alors la loi entoure cette réduction d'un grand nombre de conditions fort gênantes.

Pour la femme mariée, la réduction peut être conventionnelle et alors elle doit être faite par contrat de mariage. L'article 2140 soumet cette réduction à deux conditions : 1° on ne peut pas supprimer entièrement l'hypothèque, et toute convention contraire est nulle ; 2° la femme doit être majeure pour consentir cette réduction ; la loi déroge donc ici au droit commun en matière de capacité requise pour les conventions matrimoniales.

Si la femme mariée n'a pas procédé à la réduction de son hypothèque par contrat de mariage, cette réduction peut encore avoir lieu, mais au lieu d'être conventionnelle, elle ne

peut être que judiciaire : on craint des pressions de la part du mari sur sa femme pour lui consentir une réduction. Aussi le code civil soumet la réduction à d'autres conditions encore ; il faut tout d'abord qu'aucune réduction de l'hypothèque n'ait été faite dans le contrat de mariage ; de plus la femme doit être majeure et consentante ; en outre les quatre plus proches parents de la femme, réunis en assemblée de famille, doivent donner leur avis sur le projet de réduction ; enfin il faut que la valeur des immeubles du mari soit beaucoup plus grande que celle de la fortune actuelle de la femme et des successions qu'elle est appelée à recevoir dans l'avenir. La réduction doit être prononcée par jugement et le tribunal peut toujours la refuser.

Pour le mineur, la réduction de son hypothèque peut également être ou conventionnelle ou judiciaire, selon le moment où cette réduction sera réalisée. Si la réduction a lieu lors de la nomination du tuteur, elle est conventionnelle, et alors seul le conseil de famille qui a nommé le tuteur peut la faire ; si donc il s'agit d'un tuteur testamentaire ou légitime, la réduction est impossible. Si la réduction a lieu au cours de la tutelle, elle ne peut être que judiciaire : la demande est faite par le tuteur contre le subrogé tuteur ; mais auparavant le conseil de famille doit émettre un avis favorable à la réduction ; enfin le tuteur doit prouver que ses immeubles excèdent notablement les sûretés suffisantes pour la garantie de sa gestion.

Avant d'en finir avec l'exposé des dispositions du code civil, remarquons que, si ses auteurs ont cherché à assurer l'inscription des hypothèques légales, ces hypothèques, quoique inscrites, n'en restaient pas moins générales. Remarquons enfin que la législation commerciale restreint l'hypothèque légale de la femme dans un cas particulier, au cas de

faillite de son mari : alors le code de commerce (art. 563, 564) ⁽¹⁾ limite le nombre des créances garanties par son hypothèque et le nombre des immeubles qui en sont grevés.

Telles sont les solutions admises par le législateur de 1804 ; il nous reste à nous demander si elles ne présentent pas de graves inconvénients pour le crédit public, et si ces inconvénients sont compensés par les sûretés accordées aux incapables.

SECTION III

APPRÉCIATION DES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL

Pour pouvoir apprécier à sa juste valeur le système hypothécaire tel que l'a réglementé le code civil, il faut tout d'abord connaître quel était le point de vue auquel les auteurs se sont placés. Ce point de vue est bien connu : ils ont voulu concilier les intérêts des tiers avec ceux des incapables qui ont besoin d'une protection : partant de cette idée, ils ont été constamment ramenés dans leur discussion à cette question :

(1) Code de commerce, art. 563 : « Lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il sera devenu commerçant dans l'année, les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du mariage, ou qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre vifs ou testamentaire, seront seuls soumis à l'hypothèque de la femme : 1^o pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot, ou qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou donation entre vifs ou testamentaire et dont elle prouvera la délivrance ou le paiement par acte ayant date certaine ; 2^o pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage ; 3^o pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari ». — Art. 564 : « La femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou dont le mari, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, sera devenu commerçant dans l'année qui suivra cette célébration, ne pourra exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage, et, dans ce cas, les créanciers ne pourront, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans ce même contrat ».

« Doit-on sacrifier les intérêts des incapables à ceux des acquéreurs et à ceux des prêteurs » ? Dès lors la solution s'imposait : l'intérêt des incapables devait prévaloir ; car, comme l'a dit le Premier Consul dans la discussion, la question n'était plus entière lors de la discussion du titre des hypothèques. « Le titre des hypothèques n'est point un code particulier, mais une partie du code civil, on ne peut donc établir ici des principes de justice civile, différents de ceux qui ont été consacrés dans les autres titres. Il a été décidé que le mineur était sous la protection de la loi : on propose un système qui rend cette protection inefficace. Il a été décidé que la femme aurait un recours pour ses droits sur les biens de son mari : ce recours on veut le rendre sans effet. Détruire ainsi par les formes les principes que l'on a posés, c'est faire des lois de fantaisie, des lois aussi mobiles que le caprice qui les a produites. S'il existait beaucoup de lois semblables, il n'y aurait plus de justice civile, car il n'y aurait plus de principes fixes et convenus, la propriété deviendrait flottante, les biens seraient au premier occupant ».

Ainsi donc les auteurs du code ont entendu régler dans le titre des hypothèques, non seulement les intérêts des prêteurs et des acquéreurs, intérêts qui devraient seuls entrer en ligne de compte, mais encore ceux des incapables à qui des titres précédents dans le code avaient promis la protection de leur fortune.

Cette conception devait entraîner des conséquences malheureuses : après avoir admis dans l'intérêt des tiers la publicité et la spécialité des hypothèques, ils décidèrent, dans l'intérêt de la femme mariée et du mineur, d'ajouter une dérogation à cette règle : l'hypothèque qu'ils lui accordèrent devait être occulte et générale. Ils croyaient de cette façon avoir concilié les intérêts des uns et des autres, mais il n'en fut rien : le

crédit foncier se trouva miné par l'existence d'hypothèques occultes et générales et les intérêts des incapables ne furent pas protégés. Voilà la plus grave critique que l'on puisse faire du code civil, nous allons maintenant en prouver la réalité.

1° *Ruine du crédit public.* — Le véritable crédit immobilier d'un débiteur, de même que la valeur exacte de l'immeuble d'un aliénateur ne peuvent être connus de façon précise par le créancier ou l'acquéreur, que si toutes les hypothèques et charges réelles grevant le patrimoine de ce débiteur ou de cet aliénateur sont publiques et spéciales. Le législateur de 1804 a bien admis la publicité et la spécialité des hypothèques en principe, mais à cette règle générale il a admis des dérogations qui en détruisent à peu près entièrement la portée. Parmi ces dérogations, nous trouvons les hypothèques légales des femmes mariées et des mineurs, et nous pouvons dire que ces hypothèques sont destructives de toute idée de crédit.

La clandestinité des hypothèques légales fait peser sur tout le territoire français une incertitude fâcheuse; peut-on dire, sans se tromper, qu'un immeuble n'a pas été possédé par un mari ou un tuteur? Et cependant un motif pour lequel on admit la clandestinité des hypothèques légales c'est, a-t-on dit, la notoriété du mariage ou de la tutelle. Or, ces deux états sont loin d'être portés à la connaissance du public de façon certaine pendant très longtemps; jusqu'à la loi du 17 août 1897, les tiers n'avaient aucun moyen à leur disposition pour s'assurer si le débiteur ou l'aliénateur d'un immeuble était célibataire ou marié; la loi du 17 août 1897 a comblé cette lacune en prescrivant la mention de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des époux. Rien de semblable n'a été fait pour l'état de tuteur, et ce n'est

que par une enquête personnelle faite par eux-mêmes que les tiers arriveront à être fixés sur ce point; ils ne peuvent pas s'en rapporter aux déclarations de l'emprunteur ou de l'aliénateur; le plus souvent ces déclarations seront mensongères, étant donné surtout que le stellionat est devenu une sanction inefficace par l'abolition de la contrainte par corps en 1867.

Quand bien même les tiers parviendraient à savoir de façon absolument certaine qu'un immeuble a été possédé par un administrateur de biens d'autrui, cela ne leur suffirait pas. Il faut de plus, pour qu'ils aient toute sécurité, qu'ils soient en mesure de connaître la quotité des charges grevant l'immeuble. Or rien ne leur donnera une indication à ce sujet, et ils seront toujours dans l'incertitude sur l'étendue et les suites des hypothèques légales.

L'hypothèque du mineur, en effet, a un rang unique, et toutes les créances que peut avoir un mineur contre son tuteur sont garanties par une hypothèque qui date du jour de l'acceptation de la tutelle : la créance du mineur peut donc s'augmenter au cours de la tutelle, et en même temps la valeur pour laquelle sont grevés les immeubles du tuteur augmentera dans la même proportion, si bien qu'un tiers pourra voir diminuer tous les jours la valeur de son gage.

Pour l'hypothèque légale de la femme mariée, on peut faire la même constatation; sans doute cette hypothèque n'est pas rétroactive comme celle du mineur : elle ne prend rang du jour du mariage que pour la sûreté de la dot et l'exécution des conventions matrimoniales; pour les créances de la femme naissant au cours du mariage, son hypothèque ne date que du jour de l'apparition de cette créance; mais les tiers n'en seront pas plus avancés pour cela : il faudrait qu'ils pussent savoir au moment où ils contractent quels sont les droits de la femme, et cela ils ne le peuvent pas, car cette connaissance exigerait

celle de tous les faits ou actes qui ont pu rendre la femme créancière de son mari; or la loi n'ordonne la publicité d'aucun de ces actes ou faits; d'ailleurs cette publicité serait parfois impossible : une faute de la part du mari dans la gestion des biens de sa femme est chose qu'il est impossible de rendre publique. De plus, ces faits ou actes créateurs de droits de créance pour la femme peuvent se produire après l'engagement de son mari envers les tiers, et ceux-ci n'en verraient pas même leur gage diminuer d'autant.

On voit par là combien d'entraves apportent au bon fonctionnement du crédit immobilier, la clandestinité et la généralité des hypothèques légales : les capitalistes, ne pouvant obtenir aucune certitude malgré leur diligence et étant menacés de voir se manifester à leur rencontre les droits qu'ils ne peuvent pas prévoir et qui leur font perdre un rang utile, deviennent difficiles et imposent des conditions fort onéreuses aux emprunteurs.

Il est bien vrai que le code civil avait pris des dispositions pour assurer la publicité des hypothèques légales, mais ces dispositions devinrent bientôt lettre morte. Sans doute le mari et le tuteur doivent requérir les inscriptions des hypothèques légales; s'ils ne l'ont pas fait ils peuvent être déclarés stellionataires, s'ils engagent leurs biens sans avertir les tiers des charges qui les grèvent, et comme tels contraignables par corps; la sanction était trop dure et jamais on n'y eut recours, de plus cette sanction a disparu de nos lois en 1867. Le subrogé tuteur est tenu de la même obligation que le tuteur sous sa responsabilité personnelle, mais il ne vint jamais à l'idée de poursuivre le subrogé tuteur pour défaut d'inscription de l'hypothèque du mineur. La conservation des intérêts des incapables était donc remise entre les mains du ministère public, celui-ci intervint pour assurer l'exécu-

tion de la loi ; mais son action amena tellement de plaintes que le ministre de la justice fut obligé, dans une circulaire de 1808, de recommander beaucoup de circonspection à ses subordonnés. Les hypothèques légales devinrent donc complètement clandestines : les personnes autorisées à prendre inscription pour la femme mariée ou le mineur n'engageant pas leur responsabilité en ne le faisant pas, s'abstinrent d'y procéder.

Pour remédier aux effets désastreux de cette clandestinité, le code civil accorde un moyen de faire apparaître les hypothèques légales dans un cas : lorsque le tiers intéressé à connaître les charges grevant un immeuble sera un acquéreur, il pourra procéder à la purge des hypothèques légales. Malheureusement cette procédure, par suite des nombreuses formalités qu'elle comporte, est fort longue et fort dispendieuse : l'acquéreur doit déposer au greffe du tribunal civil une copie de son titre d'acquisition, et un extrait de cet acte doit être affiché dans l'auditoire du tribunal et y demeurer pendant deux mois. De plus si l'incapable est connu, on doit notifier le dépôt fait au greffe à la femme de l'aliénateur, au subrogé tuteur du mineur et au ministère public ; si l'incapable est inconnu, un avis du conseil d'Etat de 1807 exige que l'acquéreur fasse insérer dans les journaux d'annonces judiciaires les notifications qu'il serait obligé de lui faire, s'il le connaissait. Les incapables ont deux mois, à partir de l'affiche, s'ils sont connus, à partir de l'insertion dans les journaux, s'ils ne le sont pas, pour prendre inscription.

Toutes ces formalités sont préjudiciables à tous : aussi ce n'est que très rarement qu'on a recours à cette procédure. La pratique, alors, a trouvé un moyen de la remplacer, au moins quand il s'agit d'annihiler les effets de l'hypothèque légale de la femme ; l'acquéreur fait intervenir la femme dans

le contrat de vente pour la faire renoncer à son hypothèque légale; cette renonciation de la part de la femme affranchit l'immeuble de son droit de suite; cette dernière ne conserve plus que son droit de préférence sur le prix. Toutefois cette renonciation ne peut pas avoir lieu dans le cas où la femme est mariée sous le régime dotal, car la femme ne peut par aucun moyen compromettre le recouvrement de sa dot.

Les acquéreurs d'un immeuble ont donc la possibilité de connaître les hypothèques légales qui grèvent cet immeuble; mais il n'en va pas de même des créanciers hypothécaires; quant à eux, ils n'ont pas à leur disposition la procédure de la purge légale : ils seront toujours dans l'ignorance la plus complète des charges que supportent les biens de leur débiteur et ils n'ont aucun moyen de se prémunir contre l'exercice ruineux pour eux des droits des incapables. Mais ici encore la pratique a trouvé un moyen d'éluder les conséquences fâcheuses de l'hypothèque légale, tout au moins quand il s'agit de celle de la femme mariée et d'une femme mariée non dotale : dans ce cas le créancier fait intervenir la femme mariée dans le contrat de prêt pour se faire subroger à son hypothèque ou pour exiger d'elle qu'elle s'oblige solidairement avec son mari ou qu'elle se porte caution pour lui.

Mais ces moyens détournés ne confèrent aux capitalistes qu'une sûreté insuffisante : on ne peut pas parler en effet de la renonciation à son hypothèque par un mineur ou une femme dotale, et nous pouvons conclure en disant que les tiers seront toujours menacés de voir leur gage se réduire à zéro par suite de la présence d'une hypothèque légale dont ils n'auront pu prévoir ni l'existence ni le montant.

Ajoutons, pour faire voir combien le système du code civil était défectueux, que les cessions de l'hypothèque légale de la femme étaient clandestines et que les hypothèques légales

conservaient leur caractère occulte même après la fin de l'incapacité à raison de laquelle elles avaient pris naissance. Ces décisions n'étaient pas faites pour rendre la confiance aux prêteurs et cependant, dans ces deux cas, il ne s'agissait plus de sauvegarder les intérêts de personnes qui étaient dans l'impossibilité de le faire elles-mêmes.

Nous pouvons donc dire, sans craindre d'être contredit, que le code civil, par ces dispositions, détournait les capitalistes du crédit immobilier.

2° Protection insuffisante des intérêts des incapables. — Le législateur de 1804, en sacrifiant ainsi les intérêts des tiers, a voulu protéger ceux des incapables d'une façon efficace. A-t-il atteint son but ? Nous ne le croyons pas.

L'hypothèque légale de la femme mariée est même très dangereuse pour elle ; au lieu d'être un moyen de protection, elle deviendra souvent un agent de ruine, qui fait que la femme suivra le sort de son mari si celui-ci fait de mauvaises affaires. Ce résultat inattendu vient de ce que les prêteurs, pour se soustraire aux effets de l'hypothèque légale de la femme mariée non dotale, ont pris l'habitude d'exiger l'intervention de celle-ci : bien souvent, ils ne se contentent pas de la simple renonciation de la femme à son hypothèque : ils exigeront de plus que la femme s'engage solidairement avec son mari, si bien que la femme devient une débitrice personnelle du créancier, qui n'aurait jamais dû être que créancier de son mari. La faveur que la loi a voulu faire à la femme s'est donc retournée contre elle et a produit l'effet inverse de celui que l'on recherchait.

Pour les mineurs, nous trouvons un danger analogue : la tutelle étant réglementée aussi sévèrement est regardée comme une charge effrayante ; aussi elle ne sera le plus sou-

vent acceptée que par ceux qui ne possèdent pas d'immeubles que puisse atteindre l'hypothèque occulte et indéterminée, et les mineurs se trouvent exposés sans défense à toutes sortes de déprédations.

De plus, la purge légale que la loi accorde à l'acquéreur offre des dangers pour les incapables. Tout d'abord, il n'arrivera presque jamais que la femme s'inscrive dans le délai prescrit par la loi; car si elle recourait à cette mesure rigoureuse, il en résulterait une très grande gêne pour son mari qui désire toucher le prix de vente de son immeuble. De plus, pour le mineur, il se peut que l'inscription ne soit pas prise dans le délai voulu; et alors il n'aura plus qu'une simple action personnelle contre son tuteur. Dans les deux cas, la purge aura, le plus souvent, pour effet, non pas de faire apparaître les hypothèques légales, mais de priver les incapables d'un moyen de protection qu'on a jugé indispensable.

Enfin le code civil n'organise pas la protection des incapables dans le cas où le mari ou le tuteur n'a qu'une fortune mobilière; il est vrai qu'à l'époque où notre code fut rédigé, la fortune mobilière était très peu de chose, mais peu d'années après sa promulgation, par suite du développement du commerce et de l'industrie, cette fortune mobilière devait prendre une importance considérable, si bien qu'elle devait bientôt contrebalancer en valeur la fortune immobilière. La lacune du code fut alors très sensible et l'hypothèque légale, qui n'avait pour ainsi dire plus d'assiette, était devenue d'un secours tout à fait insuffisant pour les incapables.

Tels sont les inconvénients du système admis par le code civil; ces inconvénients ne tardèrent pas à se révéler dans la pratique, et bientôt commença contre notre régime hypothécaire un mouvement de réaction très marqué.

CHAPITRE II

MOUVEMENT DE RÉACTION CONTRE LES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL

Les premières critiques contre la clandestinité et la généralité des hypothèques légales furent dirigées par les jurisconsultes; puis le gouvernement s'émut de la désapprobation que le code civil rencontrait dans le public, et il dut intervenir lui-même pour favoriser une réforme de notre régime hypothécaire.

SECTION PREMIÈRE

CRITIQUES DE NOTRE CODE FORMULÉES PAR LES JURISCONSULTES

On peut dire qu'aussitôt l'apparition du code se posa la question de sa réforme. — Les premières critiques de notre législation hypothécaire furent formulées dès 1812 par l'avocat Anthoine, et ces critiques devinrent plus vives encore dans une campagne qu'entreprit Jourdan dans le journal *La Thémis* dès 1819. Ce jurisconsulte mit en lumière, d'une façon fort précise, les imperfections du code civil et fit un tableau exact des dangers que présente pour les incapables et les tiers l'existence d'hypothèques occultes. « Nos législateurs, en dispensant la femme de toute inscription, ont cru venir à son secours, tandis qu'ils la conduisirent à sa ruine. Le créancier refuse de prêter jusqu'à ce que la femme ait accepté solidairement les engagements de son mari; or, quand la femme s'est obligée, non seulement elle perd ses reprises, mais encore elle compromet sa fortune immobilière. Il ne faut pas croire néanmoins que le créancier porteur de

l'engagement de la femme soit et doive être parfaitement rassuré. Ne peut-il pas exister d'autres hypothèques légales que le prêteur ne connaît pas et ne peut pas connaître, puisqu'elles sont, comme l'hypothèque de la femme, indépendantes de toute inscription? D'ailleurs, la femme ne peut-elle pas contracter de nouvelles obligations? Alors, ou tous ses cocréanciers viendront par contribution sur le montant de ses reprises, ou bien l'un d'entre eux sera préféré comme premier cessionnaire des droits de la femme, et les autres créanciers, qui n'ont pu cependant connaître cette cession de droits, devront néanmoins souffrir que leur cocréancier soit payé avant eux. Telle est la jurisprudence. Ainsi, en supposant que le prêteur ne trouve ni privilèges ni mineurs sur sa route, il peut encore être exclu par un créancier premier cessionnaire des droits de la femme... La dispense d'inscription produit encore un autre inconvénient. Le législateur ne pouvait entraver la circulation des propriétés foncières et il a fallu ouvrir une voie à l'acquéreur pour qu'il échappât aux hypothèques secrètes. A cet effet, le contrat devra être déposé au greffe, l'extrait en sera notifié au procureur du roi; cet extrait sera également notifié à la femme mariée ou au subrogé tuteur quand ils sont connus, enfin il sera inséré dans le journal du département, s'il en existe. Dans le cas contraire, un certificat du procureur du roi, constatant qu'il n'en existe pas, vaudra insertion et publicité. N'était-il pas plus simple d'obliger la femme mariée et le mineur à s'inscrire que de donner à l'acquéreur un moyen aussi facile de purger, à l'insu des parties intéressées, les hypothèques dispensées d'inscription?... Nul ne peut donc être certain qu'il n'existera ni privilège susceptible de remonter à une date antérieure, ni hypothèque légale ou privilège indépendant de l'inscription; on peut dire qu'il n'existe aucun moyen de

prêter avec sûreté et que, sous la loi actuelle, aucun créancier dans le royaume ne sera jamais certain de recouvrer ses capitaux par voie d'hypothèque contre un débiteur marié ou non marié. Il n'y a que des chances plus ou moins probables de remboursement ».

Ces critiques étaient fort justes et montraient jusqu'à quel point était inefficace l'œuvre des auteurs du code civil, qui, pour protéger les intérêts des incapables, n'avaient pas hésité à sacrifier ceux des tiers.

La campagne ainsi entreprise contre le code prendra avec le temps un caractère très vif et, en 1826, nous voyons M. Casimir-Perier ouvrant un concours sur les moyens de réorganiser le régime hypothécaire et lui-même posant la question à résoudre.

Des ouvrages nombreux sur la réforme hypothécaire firent alors leur apparition et parmi eux nous devons signaler celui de M. Decourdemanche sur « Le danger de prêter sur hypothèque », celui de M. Loreau « Le crédit foncier et le moyen de le fonder », celui de Gastaldi « Recherches sur le droit foncier », celui de Mongalvy « Mémoire sur les moyens de mettre à l'abri les acquéreurs d'immeubles ». Enfin, nous devons signaler les très fréquents articles de M. Fœlix, le rédacteur des *Annales de législation*, et de M. Wolowski dans la Revue à qui on donne souvent son nom.

Tout ce développement de littérature au sujet de la réforme hypothécaire devait émouvoir les assemblées politiques. Ce furent les conseils généraux qui, les premiers, s'occupèrent de la question ; et, de 1830 à 1843, 29 de ces conseils se déclarèrent favorables à la revision. Ce furent les conseils des Ardennes, de l'Ariège, de l'Aube, du Calvados, de la Charente-Inférieure, de la Corrèze, de l'Hérault, de l'Indre, du Loiret, du Lot, de la Lozère, de Maine-et-Loire, de la Maine,

de la Mayenne, de la Meurthe, de la Moselle, de la Nièvre, du Nord, du Pas-de-Calais, des Basses-Pyrénées, du Bas-Rhin, du Haut-Rhin, de la Haute-Saône, de la Sarthe, de la Seine, de la Somme, du Tarn, de Vaucluse, de la Haute-Vienne qui émirent des vœux en faveur d'une réforme.

Enfin, le 16 avril 1836, la question devait être portée devant l'Assemblée législative. M. Lavielle avait été chargé de faire le rapport concernant une pétition de M. Merger, avocat à Bar-sur-Aube, et de M. Mongalvy, par laquelle ces deux jurisconsultes demandaient que notre système hypothécaire fût amélioré. La pétition de M. Mongalvy était en outre accompagnée d'un mémoire imprimé, dans lequel il indiquait et développait lui-même les modifications qui lui paraissaient le plus urgentes.

Le rapporteur, M. Lavielle, s'exprima alors en ces termes : « La publicité est la première condition de tout régime hypothécaire ; mais cette publicité est-elle complète ? N'est-elle pas rendue illusoire et souvent dangereuse par les hypothèques occultes des femmes, des mineurs, des incapables, des établissements publics, de l'État lui-même ? :.... Ne serait-il pas facile de trouver des moyens d'exécution qui, en dégageant de toute incertitude et de tout péril les acquisitions et les prêts, si dangereux aujourd'hui, garantiraient même aussi l'intérêt des femmes, des mineurs, de tous les incapables ? Car, l'expérience nous l'apprend, cet intérêt lui-même est souvent compromis par les précautions destinées à le protéger. Parmi ces précautions, on cherche vainement celle qui conserverait le mieux la fortune mobilière des incapables, que notre législation trop confiante abandonne sans réserve à des mains infidèles ou insolvables. Un système de consignation, récemment essayé chez nos voisins, a donné les plus

heureux résultats, tant pour la fortune publique que pour les intérêts privés : ce mode mérite d'être étudié ».

Le président de la chambre, M. Dupin, intervint alors dans le débat pour constater qu'il existait « un contre-sens dans la législation hypothécaire du code civil » et pour souligner les dangers que faisaient courir aux prêteurs et aux acquéreurs les dispositions du code.

La pétition de MM. Merger et Mongalvy fut alors renvoyée au garde des sceaux, et le ministre des finances ajouta qu'on préparerait un projet de loi sur la matière pendant les vacances parlementaires.

SECTION II

ŒUVRE DU GOUVERNEMENT

Le gouvernement ne devait pas exécuter ses promesses immédiatement; ce n'est que cinq ans plus tard qu'on songea sérieusement à la réforme hypothécaire.

Ce fut en 1841 que le garde des sceaux d'alors, M. Martin du Nord, décida de mettre à l'étude la réforme hypothécaire, et par une circulaire du 7 mai de la même année, il pria la cour de cassation, les cours d'appel et les facultés de droit de faire connaître leur opinion à ce sujet. Pour simplifier la besogne de ces différents corps, le garde des sceaux posait lui-même les questions auxquelles ils auraient à répondre, et voici ce qu'il disait à propos des hypothèques légales : « Le principe de la publicité des hypothèques n'est admis par le code civil qu'avec quelques restrictions. La protection due aux femmes mariées et aux mineurs a fait fléchir la règle générale. Ces exceptions atténuent singulièrement les effets salutaires du principe et diminuent d'une manière notable les sûretés des transactions. Devra-t-on cependant les mair-

tenir? Convient-il, en les supprimant, de donner d'autres garanties aux intérêts qu'elles protègent? Ou bien déciderait-on, en termes absolus et sans aucun ménagement, que toute hypothèque est assujettie à la formalité de l'inscription, quelque favorable que soit la créance à laquelle elle est attachée »?

Le problème était donc très bien posé : le garde des sceaux demandait aux cours et aux facultés de lui dire s'il était nécessaire de conserver les hypothèques légales avec les caractères que le code leur avait attribués, c'est-à-dire avec la clandestinité et la généralité. Si les tribunaux et facultés admettaient que ces hypothèques devaient être soumises au principe général, alors se posait la question de la protection des incapables, et M. Martin du Nord désirait être renseigné sur le point de savoir s'il était nécessaire d'assurer cette protection par d'autres moyens, et par lesquels. Son intention était donc de concilier, si possible, les intérêts du crédit avec ceux des incapables, et non pas de les opposer les uns aux autres comme l'avaient fait les auteurs du code de 1804.

Les tribunaux et les facultés répondirent à l'appel du garde des sceaux, ils se livrèrent à un travail très minutieux sur la question, et firent parvenir chacun au ministère un travail très complet consignant leurs observations.

Les résultats de cette enquête furent publiés par les soins du gouvernement en 1844, et forment dans leur ensemble un ouvrage inappréciable, concernant la réforme hypothécaire.

Les différents corps consultés furent loin d'être unanimes sur l'opportunité de la revision et sur les bases sur lesquelles elle devait être faite. Nous allons donner une analyse succincte de ces documents pour tâcher de nous rendre compte de l'opinion que professaient les praticiens de l'époque.

Résultats de l'Enquête de 1844. — Presque toutes les cours

et facultés furent unanimes à réclamer le rétablissement de la publicité des transferts de la propriété immobilière, publicité qui avait disparu du code civil. A l'exception de la cour royale de Bordeaux, de celle de Toulouse et de la moitié des membres de celle de Besançon qui se prononcèrent pour le maintien pur et simple du code civil, toutes les cours et facultés exprimèrent le désir de voir renaître en France les principes de la loi du 11 brumaire, an VII.

Si la publicité des transferts de propriété immobilière réunit ainsi la quasi-unanimité, il en fut loin d'être de même pour la publicité des hypothèques, et ici on peut dire que la quasi-unanimité se prononça pour le maintien des principes du code, en admettant toutefois quelques améliorations, mais qui n'altéraient pas ses caractères principaux.

En ce qui concerne les hypothèques légales de la femme mariée et du mineur, à part la cour royale de Lyon, la faculté de droit de Paris, les cours royales de Bastia, Dijon, Nîmes, Riom, plusieurs membres de la cour de Poitiers, la moitié des professeurs de la faculté de droit de Grenoble et la majorité des membres de celle de Rennes, toutes les cours et facultés se prononcèrent pour le maintien de l'hypothèque légale avec les deux caractères que lui assignait le code, à savoir la clandestinité et la généralité.

Toutefois remarquons que cette faible minorité se réduit à peu de chose; car, si nous mettons à part la faculté de Paris, tous ces corps admettent bien la publicité et la spécialité des créances garanties par l'hypothèque légale, mais rejettent la spécialité du gage hypothécaire; l'hypothèque légale sera inscrite et cette inscription mentionnera le montant des créances de la femme mariée ou du pupille, mais elle sera générale en ce sens qu'elle affectera tous les immeubles du mari ou du tuteur. Les cours et les facultés pensent, comme le

dit la cour de Lyon, que le principe de la spécialité ne peut pas recevoir une rigoureuse application en notre matière et que les moyens d'assurer l'observation de cette règle tourneraient souvent au préjudice des incapables. Elles estiment donc que l'hypothèque légale doit conserver son caractère de généralité sauf les cas où il en aura été autrement convenu par le contrat de mariage ou par l'acte qui défère la tutelle, sauf aussi les cas de réduction prévus par la loi. Il leur semble suffisant que l'inscription de l'hypothèque légale détermine l'étendue de la créance ou en mentionne l'évaluation. A leur avis, cette mesure aura les mêmes effets que la spécialité et n'en présentera pas les dangers : selon elles, dès que la quotité de la créance à laquelle l'hypothèque légale sert de garantie sera déterminée, il sera facile d'embrasser d'un coup d'œil la position du débiteur et d'apprécier le rapport de sa dette à sa fortune immobilière.

Quant aux moyens d'assurer l'inscription des hypothèques légales et la détermination des créances auxquelles elles servent de garantie, les cours et facultés nous présentent plusieurs systèmes.

Ainsi la cour royale de Bastia voudrait voir dévolu à l'enregistrement le soin de faire inscrire les hypothèques légales des incapables, et pour arriver à ce résultat elle désirerait ne voir déclarer valables à l'égard des femmes mariées et des mineurs que les actes passés devant notaire et enregistrés.

La cour royale de Dijon fait une distinction entre l'hypothèque légale de la femme mariée et celle du mineur. Pour la femme mariée, cette cour estime que les créances pour lesquelles la femme a hypothèque contre son mari peuvent provenir de quatre causes : 1° d'apports mobiliers ne tombant pas dans la communauté et d'avantages stipulés dans le contrat en faveur de la femme ; 2° de la mauvaise adminis-

tration par le mari des immeubles de la femme donnant lieu à une indemnité contre lui; 3° des engagements de la femme contractés durant le mariage dans l'intérêt de la communauté et du mari; 4° de donations ou successions survenues à la femme depuis le mariage. La cour de Dijon estime que les deux premières sortes de créances peuvent être évaluées dans le contrat de mariage, et alors c'est le notaire qui sera responsable de l'inscription de l'hypothèque. Pour les engagements contractés par la femme au cours du mariage, la cour exige pour leur validité un acte authentique; dès lors ce sera encore le notaire qui serait chargé de l'inscription. Il en sera de même pour les donations mobilières, qui toutes sont constatées par un acte authentique. Pour les successions, la cour estime qu'un inventaire et un partage authentiques entraîneraient trop de frais, et elle se borne à exiger qu'on fasse simplement connaître aux tiers le fait de l'ouverture de la succession et que le receveur de l'enregistrement qui reçoit la déclaration de succession en avertisse le conservateur des hypothèques qui prendra inscription. Pour l'hypothèque légale du mineur, la cour voudrait voir étendre l'article 421 du code civil ⁽¹⁾ et décider que le tuteur ne pourra faire aucun acte d'administration valable avant l'inscription de l'hypothèque. Quant à la détermination des créances garanties par l'hypothèque, elle sera faite, pour les biens du mineur existant à l'ouverture de la tutelle, par le conseil de famille, et pour les biens survenant au mineur au cours de

(1) Art. 421 C. civ. : « Lorsque les fonctions du tuteur seront dévolues à une personne de l'une des qualités exprimées aux sections I, II et III du présent chapitre, ce tuteur devra, avant d'entrer en fonction, faire convoquer, pour la nomination du subrogé tuteur, un conseil de famille composé comme il est dit en la section IV. — S'il s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille..... pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur ».

la tutelle, elle sera faite par les mêmes moyens que pour celle de la femme mariée.

La cour royale de Nîmes elle aussi exige la détermination des créances garanties, et elle propose des mesures pour assurer l'inscription des hypothèques légales; tout d'abord elle dit qu'il faut améliorer le système inauguré par le code civil et lui donner une sanction efficace; pour elle, le stellionat n'est pas une peine assez sévère pour le mari ou le tuteur qui ne font pas inscrire les hypothèques qui grèvent leurs biens; ensuite elle dit qu'il faut organiser d'une autre façon l'obligation imposée au ministère public de prendre inscription : le ministère public ignore le plus souvent le mariage ou l'ouverture d'une tutelle, et au notaire qui a reçu le contrat de mariage et au juge de paix reviendrait le soin de faire connaître ce fait au procureur. Enfin la cour de Nîmes, à l'égard de l'hypothèque de la femme mariée, propose un système original pour assurer son inscription : elle s'inspire de ce qui a lieu dans le régime dotal : quand le contrat de mariage contient une clause de remploi obligatoire et que le mari aliène l'un des biens dotaux de la femme, l'acquéreur est responsable du remploi; dès lors elle propose de décider par imitation de cette décision que le débiteur d'une femme mariée ne pourra valablement se libérer qu'en justifiant qu'il a requis l'inscription nécessaire pour la conservation de ses droits.

La cour royale de Lyon, qui, elle aussi, exige l'inscription et la détermination des hypothèques légales, se place, à notre avis, à un point de vue beaucoup plus juste (nous dirons plus tard pourquoi quand nous aurons à donner une conclusion à notre étude) : au lieu de faire de l'hypothèque un instrument indispensable pour la protection des intérêts de la femme mariée et du mineur, elle se demande, en effet, si on ne peut

pas trouver de sûretés plus efficaces. Dans ce but elle élabore tout un système qui mérite d'être sommairement exposé ici.

Pour l'hypothèque légale de la femme mariée, cette cour distingue selon que les époux sont mariés sous le régime dotal ou sous tout autre régime. Dans le régime dotal et pour la dot immobilière la femme est suffisamment protégée par l'inaliénabilité; mais pour la dot mobilière il n'en va plus de même. Cette dot mobilière est bien inaliénable au regard de la femme, mais le mari peut librement en disposer sous la seule garantie de l'hypothèque légale. La cour de Lyon trouve cette sûreté insuffisante et en propose une autre : si le mari a des immeubles il ne pourra recevoir les meubles dotaux qu'à la condition de rapporter un certificat du conservateur, constatant qu'il a pris sur ses immeubles une inscription suffisante pour la garantie des droits de sa femme; si le mari, au contraire, n'a pas d'immeubles, le débiteur de la dot mobilière ne sera libéré valablement qu'en la versant dans une caisse publique; et alors le mari ne pourra toucher que les intérêts ou les sommes reconnues indispensables par la justice pour l'entretien de la famille, l'éducation et l'établissement des enfants. Dans tout régime autre que le régime dotal, la cour propose d'admettre que le mari ne puisse recevoir du débiteur de sa femme que les valeurs destinées à tomber en communauté; quant aux valeurs qui doivent rester propres à la femme, on appliquera le système préconisé pour la dot mobilière dans le régime dotal, avec cette restriction toutefois que si la femme renonce à son hypothèque, ce qui lui est permis dans tout autre régime que le régime dotal, ces précautions ne seront pas nécessaires.

Quant à la protection des intérêts du mineur, la cour de Lyon estime qu'un système de consignation se recommande

aux méditations du législateur, parce que ce système permettrait de limiter les pouvoirs du tuteur pour charger moins sa responsabilité. La cour voudrait voir le tuteur réduit au maniement des revenus et des sommes qu'exigent les dépenses d'administration et les frais d'entretien du pupille. Dès lors, l'hypothèque que le tuteur serait obligé de subir sur ses biens serait réduite à la garantie des biens meubles qui lui seraient confiés jusqu'à concurrence d'une somme fixée par le juge de paix après avis du conseil de famille. Quant aux débiteurs du mineur, il en serait de même que pour les débiteurs de la femme : ils ne pourraient valablement se libérer qu'en versant le montant de leurs dettes à la caisse des dépôts. Ce serait le conseil de famille qui déciderait quelles sont les sommes que la caisse des dépôts peut remettre au tuteur, et, de plus, le tuteur devrait rendre compte à celui-ci de sa gestion chaque année. Si le tuteur n'accomplit pas scrupuleusement toutes ces obligations, la cour voudrait voir édicter contre lui des peines très sévères.

Nous avons dit plus haut que seule la Faculté de Paris exigeait un système de publicité et spécialité complet en exprimant le désir que toutes les hypothèques légales fussent inscrites, spéciales quant à leur gage et déterminées quant à leurs créances. Pour les droits résultant du contrat de mariage ou existant à l'ouverture de la tutelle, elle exige que ce soit : 1° pour l'hypothèque de la femme, le notaire qui recevra le contrat de mariage, qui procède à l'inscription en mentionnant les biens grevés et les droits garantis ; 2° pour l'hypothèque du mineur, le conseil de famille qui, à l'ouverture de toute tutelle, déterminera les garanties à prendre, qui préside à l'accomplissement de ces formalités. Pour les droits qui pourraient survenir à la femme ou au mineur pendant le mariage ou la tutelle, elle remet aux tribunaux le

soin de décider quelles seront les garanties à prendre. La Faculté de Paris, à l'instar de la cour de Lyon, ne s'en tient pas aux hypothèques pour préserver les droits des incapables : elle voudrait qu'on pût exiger du mari ou du tuteur des garanties d'une autre nature, et même au besoin le placement des sommes dont ils sont comptables dans une caisse publique. Enfin, pour plus de sûreté, elle exprime le désir que la femme ne puisse plus, sans l'autorisation de justice, s'obliger avec son mari, ni renoncer ou subroger aux garanties qu'elle possède contre lui.

Quant aux cours royales et facultés de droit autres que celles que nous avons énumérées plus haut, elles estimèrent que « proclamer l'hypothèque légale, puis la soumettre à l'inscription, c'est donner d'une main et retirer de l'autre. La loi manquerait de grandeur, d'équité, de moralité, si elle retirait aux femmes mariées, aux mineurs, aux interdits, un recours que la sagesse des siècles a créé pour protéger leur faiblesse et leur insuffisance. Nos mœurs mêmes répugneraient à subordonner les hypothèques des incapables à la publicité ; et l'intérêt mis en lutte avec l'affection, beaucoup de créances légitimes perdues ou un grand nombre de ménages désunis, tel serait le résultat de cette mesure » (1). De plus, ces autorités considèrent que le système de publicité n'est pas praticable : car pour elles on ne peut pas fixer d'avance la valeur de tous les droits éventuels ou indéterminés conservés par l'inscription, connaître l'existence et la situation de tous les immeubles du mari ou du tuteur, avoir la certitude que l'inscription sera prise si tous les droits sont évalués et les immeubles connus.

Toutefois si ces cours et facultés ne font pas de l'inscrip-

(1) *Documents relatifs au régime hypothécaire*, I, p. cxxiv.

tion une condition d'existence des hypothèques légales, il n'en est pas moins vrai qu'elles expriment le désir qu'elles soient rendues publiques, et, pour cela, certaines d'entre elles proposent toute une série de mesures que l'on pourrait adopter. Enfin plusieurs d'entre elles vont encore moins loin. Ainsi la Cour de cassation, qui trouve nécessaire de procurer aux tiers des moyens officiels d'information pour que ceux-ci sachent à qui s'adresser en cas de purge, conseille d'ouvrir dans chaque conservation un registre spécial destiné à l'insertion des notices des actes pouvant donner ouverture à un droit d'hypothèque légale : ce sont les notaires, les receveurs de l'enregistrement et les juges de paix qui doivent rédiger ces notices; mais il est bien entendu que l'omission de ces formalités n'engage ni n'altère les droits d'aucune partie contractante.

L'essai de réforme sous Louis-Philippe. — Dans sa circulaire du 7 mai 1841, par laquelle il organisait son enquête auprès des cours et des facultés, le garde des sceaux disait : « Lorsque toutes les cours m'auront transmis leurs observations, un projet de loi sera préparé par mes soins et soumis à une discussion approfondie dans le sein d'une commission. Après cette épreuve, je demanderai de nouveau aux cours leur opinion. Elles n'auront plus alors seulement à m'indiquer les bases et les éléments principaux du régime à établir, elles seront appelées à exprimer leur sentiment sur l'ensemble du projet de loi et sur chacune de ses dispositions ».

Quand les cours et les facultés eurent fait parvenir leurs observations au garde des sceaux, une étude fut faite à la chancellerie, et il en résulta que soixante-dix-huit questions étaient à résoudre sur le régime des privilèges et des hypothèques. Une commission de trente-six membres fut alors

nommée, et le ministre de la justice la subdivisa en sept sous-commissions, auxquelles il distribua le travail, pour qu'un rapport fût fait par chaque sous-commission à l'assemblée générale chargée d'arrêter la résolution définitive. Or cette résolution ne devait encore servir qu'à éclairer le gouvernement sur la question capitale de savoir s'il prendrait l'initiative d'une réforme hypothécaire dont il aurait mesuré d'avance le caractère, l'étendue et les limites, ou s'il devait, au contraire, déclarer cette réforme inutile ou dangereuse ou simplement prématurée.

Les sept sous-commissions firent donc isolément leur travail, mais elles ne tardèrent pas à reconnaître que la marche suivie était vicieuse et que l'œuvre ainsi faite ne pourrait être qu'incohérente, que toutes les questions devaient se rattacher à un principe primordial dont on déduirait ensuite les conséquences. C'est alors que le garde des sceaux changea le mode de travail des sous-commissions et posa à chacune un ensemble de cinq questions auxquelles elles devaient répondre. Parmi ces questions, la troisième et la quatrième sont relatives à la publicité et la spécialité des hypothèques légales : « 3° La publicité... doit-elle être exigée pour toute espèce d'hypothèque soit conventionnelle, soit judiciaire, soit légale? 4° La spécialité doit-elle continuer à être la base du régime hypothécaire? Jusqu'à quel point doit-elle atteindre l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque judiciaire, l'hypothèque légale? »

Les sous-commissions examinèrent les cinq questions et les présidents de ces sous-commissions, réunis par le ministre de la justice le 26 décembre 1847, arrêtaient les bases d'un projet qui fut rédigé le 9 janvier 1848. Il fallait soumettre ce projet à l'assemblée générale de la commission et un rapport, qui porta la date du 7 février 1848, devait en faire connaître l'économie à cette assemblée.

D'après ce projet, le système du code était maintenu dans ses éléments essentiels : il n'était qu'amélioré et consacrait les modifications dont l'expérience avait révélé la nécessité ; vingt et un articles seulement du code civil recevaient une rédaction différente.

A l'égard de l'hypothèque légale de la femme mariée et du mineur, le projet de loi maintient la clandestinité et la généralité de ces hypothèques. Il ne contient qu'une restriction à cette clandestinité, et c'est celle contenue dans l'article 2135 *bis* : « L'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées ne sera néanmoins dispensée d'inscription que pendant la durée du mariage et de la tutelle. Faute par la veuve, par les mineurs devenus majeurs, ou par leurs héritiers et ayants cause d'avoir pris inscription dans l'année qui suivra la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne datera, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui seraient ultérieurement prises ». C'était la reproduction de la disposition admise par Colbert dans son édit de 1673 ; c'était là une réforme bien maigre, mais qui, au dire du rapporteur, constituait une conciliation suffisante entre les intérêts des incapables d'une part et ceux du crédit immobilier d'autre part : « Il y a lieu, dit-il, tout en maintenant la publicité à l'égard de toutes les autres hypothèques, de continuer à en dispenser l'hypothèque des femmes mariées et des mineurs, mais jusqu'à la fin de la tutelle ou à la dissolution du mariage seulement. Alors les mineurs, les femmes mariées ou leurs ayants droit, rentrant dans la classe commune de ceux qui n'ont pas besoin de protection, seraient obligés de prendre une inscription pour laquelle ils obtiendraient un délai suffisant. Par cette modification au code civil, les incapables de se défendre et de conserver eux-mêmes leurs droits trouveraient dans l'équi-

table sollicitude de la loi une protection véritablement efficace, les tiers des moyens d'information et de vérification qui n'auraient de limites que la justice, et le crédit foncier une base sans doute moins assurée que celle qu'il aurait reçue de la publicité, rendue commune à toutes sortes d'hypothèques, mais pourtant assez satisfaisante pour encourager ses légitimes espérances que d'autres améliorations dans notre régime hypothécaire pourront encore seconder ».

Cet essai de réforme, réduit à si peu de chose, ne devait d'ailleurs pas aboutir. La Révolution de 1848 en empêcha la réalisation et vint remettre tout en question.

CHAPITRE III

LE PROJET DE LOI DE 1850

SECTION PREMIÈRE

LA RÉFORME HYPOTHÉCAIRE DEVANT LA COMMISSION SPÉCIALE, LE CONSEIL D'ÉTAT ET LA COMMISSION DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

La Révolution de 1848, en secouant avec violence la société tout entière, fit sentir plus vivement les exigences du crédit et l'insuffisance des garanties hypothécaires. La réforme trop lentement préparée depuis 1841 et non accomplie encore à la fin de 1847 n'a plus paru répondre aux nécessités du temps. L'œuvre fut reprise sur des bases radicales et le gouvernement lui-même abandonna l'innovation projetée comme étant trop timide.

Par un décret du 15 juin 1849, le président de la République nomma une commission chargée de préparer un pro-

jet de loi revisant notre code hypothécaire, et, dans ce décret, le président déclarait d'une façon fort explicite dans quel sens devait être conçue la réforme.

« Parmi les causes, disait-il, qui se sont opposées jusqu'ici au développement si désirable du crédit foncier, on place en première ligne notre régime hypothécaire. La fâcheuse incertitude qu'il laisse planer sur la sûreté des prêts éloigne les capitalistes et leur fait préférer le crédit mobilier ». Puis, parlant du projet de loi qui avait été rédigé sous le régime précédent, il ajoutait : « Ce projet de loi tend à améliorer la législation actuelle, mais il n'entre pas complètement dans la voie des innovations que le crédit semble réclamer. Tel était l'état des choses lors de la révolution de février. Depuis, l'ébranlement de la fortune publique et privée a rendu plus désirables encore des réformes qui facilitent les transactions, fournissent d'aisés moyens de subvenir aux besoins des industries agricole et commerciale et fassent enfin disparaître les déplorables entraves qui s'opposent à la prompt transmission des biens ou des valeurs qu'ils représentent. En un mot, il faut s'efforcer de mettre les propriétaires à même d'employer utilement les ressources dont leurs immeubles sont le gage et qui, trop souvent, restent paralysées entre leurs mains ».

La commission ainsi instituée se mit à l'ouvrage et tint de nombreuses séances. Elle rédigea un projet de loi établissant la publicité et la spécialité des hypothèques légales et ce fut M. Persil qui rédigea le rapport adressé au Président de la République au nom de la commission. Ce rapport reconnaît que « les embarras véritables que les hypothèques légales font naître dans la pratique des affaires, la confusion qu'elles jettent dans les transactions, le discrédit dont elles frappent presque toutes les fortunes, même les mieux assises, aurait

fait souhaiter qu'elles pussent être rayées de nos codes », mais le rapporteur constate que la grande majorité de la commission n'a pas pensé ce parti équitable et qu'elle avait considéré que « la justice, de sa nature immuable et universelle, avait placé les incapables sous l'infailible garantie de la société ». Il ajoute que cette suppression des hypothèques légales ne sera possible que le jour où une loi interviendra pour donner d'autres garanties aux incapables, par exemple en remettant la direction et la gestion de leurs affaires à un administrateur spécialement constitué dans ce but, sous la garantie de l'Etat, mais que tant que l'on aura affaire à des maris et à des débiteurs qui détiennent bien réellement et qui seuls administrent sous leur seule responsabilité la fortune des femmes et des mineurs, ce n'est pas trop de donner aux incapables la garantie de l'universalité de la fortune de leurs représentants, sauf à examiner plus tard s'il ne sera pas possible d'arriver dans l'exécution à des moyens de spécialisation et de publicité obliques qui concilieront les intérêts du crédit avec la garantie nécessairement due aux incapables.

Ainsi donc le projet de la commission, qui devint ensuite celui du gouvernement, conservait les hypothèques légales, mais à la condition expresse qu'elles fussent rendues publiques et spécialisées. De l'avis de M. Persil, bien loin de donner aux incapables une garantie inefficace, le projet leur confère une protection bien plus grande que ne le fait le code civil ; car avec les précautions prises pour assurer l'inscription, les incapables ne seront plus sujets à perdre leurs hypothèques par une purge dont ils n'auront pas connu l'existence ; de plus, le projet organise des sûretés spéciales pour le cas où le mari ou le tuteur n'a qu'une fortune mobilière.

Ce projet de loi fut renvoyé au conseil d'Etat par décret du 27 décembre 1849. Le conseil d'Etat fit une étude très approfondie de la question et même ne s'en tint pas à une seule discussion du projet : celui-ci vint en seconde lecture. A la première lecture, on avait admis la publicité et la spécialité des hypothèques légales ; mais après avoir apporté de nombreux amendements au texte qui lui était soumis, le conseil d'Etat repoussa ces deux principes en seconde lecture et c'est le rapporteur lui-même, M. Bethmont, qui, dans son rapport adopté par le conseil d'Etat, le 9 juillet 1850, nous l'apprend : « Parvenu au terme de son étude, ayant réservé pour la seconde lecture sa résolution définitive sur le principe de la loi, c'est-à-dire sur la publicité de l'hypothèque légale, après de longues hésitations et à une très faible majorité, le conseil a repoussé comme périlleuse pour les intérêts sacrés des mineurs et des femmes la nécessité de l'inscription de leur hypothèque légale ».

Plus loin, le rapporteur nous dira pour quels motifs cette décision a été adoptée : « Puisque le gouvernement a manifesté la résolution bien arrêtée de réaliser une réforme que l'impatience des esprits appelle, nous croyons le moment venu de répondre à l'attente générale ; mais ce sera sous l'influence d'une pensée conservatrice que nous examinerons les innovations qui menacent l'édifice unitaire de notre code civil. Les systèmes proposés ont pour but exclusif le crédit foncier ; ils sacrifient au désir de lui donner le plus d'essor possible les intérêts moraux de la société et nos traditions juridiques les plus constantes. Le projet, loin d'éviter l'écueil qui menace les essais d'amélioration, pousse jusque dans leurs dernières conséquences les mêmes principes. Cette tendance, séduisante dans les sciences théoriques, est dangereuse dans la pratique des affaires et surtout en législation.

En présence du crédit, qui peut réclamer le double principe de la publicité et de la spécialité de toutes les hypothèques, se trouve la nécessité morale de conserver les intérêts de famille. Le législateur pèsera l'importance respective de ces intérêts, car son devoir sera de protéger par préférence ceux qui sont de l'ordre le plus élevé ».

Le conseil d'Etat repoussa donc la publicité et la spécialité des hypothèques légales et il justifiait sa résolution en disant que, en ce qui concernait l'hypothèque du mineur, le projet était incomplet, en ce que l'inscription ne fait que suivre l'accomplissement des faits de gestion et par conséquent ne procure qu'une garantie insuffisante; que sa mise en vigueur nécessiterait des changements profonds dans plusieurs de nos institutions, notamment dans celles des conseils de famille et de la caisse des dépôts et consignations; qu'il imposerait aux juges, aux greffiers de cette justice des devoirs et des responsabilités qui seraient hors de proportion avec l'état actuel de ces fonctions; qu'il ferait intervenir l'action publique du parquet dans la gestion des affaires privées dans une mesure évitée jusqu'alors; que les tutelles qu'il importait de favoriser seraient rendues difficiles, inquiétantes tant pour les tuteurs que pour les subrogés tuteurs; enfin qu'il altérerait le code civil dans les principes essentiels de la tutelle et notamment dans ceux relatifs à la tutelle des père et mère.

En ce qui concernait l'hypothèque légale de la femme mariée, le conseil d'Etat disait que les garanties du projet étaient incomplètes, que ces garanties ne seraient obtenues que sous des conditions qui troubleraient la paix de la famille et dont l'accomplissement répugnerait au caractère de la femme, à ses devoirs envers son mari, que ces garanties créeraient des entraves plus nuisibles que celles résultant du code.

Le conseil d'Etat reconnut cependant que ces deux hypo-

thèques légales pouvaient et devaient être réformées dans le détail de leur organisation actuelle, et il admit qu'elles devaient être inscrites aussitôt que disparaissait la cause de leur clandestinité, c'est-à-dire après la dissolution du mariage ou à la majorité du pupille.

C'était la reproduction des décisions de la commission de février 1848.

Le gouvernement n'attendit pas de connaître l'avis du conseil d'Etat pour soumettre le projet à l'Assemblée législative, qui en fut saisie le 4 avril 1850. Cette assemblée avait déjà nommé une commission chargée d'examiner une proposition d'un de ses membres, M. Pougeard, et relative elle aussi à la réforme hypothécaire. Ce fut à cette commission que fut renvoyé le projet du gouvernement.

La question ayant donc déjà été travaillée par avance, le rapport ne se fit pas attendre longtemps et la discussion devant l'Assemblée législative put s'ouvrir dès le 25 juin 1850.

La commission de 1850 se trouva du même avis que celle de 1849, et condamna le régime en vigueur :

« Le système hypothécaire du code civil, dit le rapporteur de la commission, M. de Vatimesnil, a été soumis à une expérience de près d'un demi-siècle, et il est maintenant jugé. Il faut en revenir à la publicité complète et absolue. Pour que le crédit foncier existe d'une manière réelle, il est indispensable que toutes les charges hypothécaires se manifestent clairement aux yeux des prêteurs ; que ceux-ci puissent juger par leurs propres lumières la situation de l'emprunteur, qu'ils ne soient pas obligés de s'en rapporter à des légistes et à des hommes d'affaires ; qu'en un mot, pour faire le bilan immobilier du possesseur d'une maison ou d'une ferme, il

suffise d'effectuer une addition et une soustraction : une addition pour calculer le montant total des inscriptions dont ce bien est grevé, et une soustraction pour voir ce qui reste libre sur la valeur de cette propriété ».

Le rapporteur ajoute qu'on atteindrait très facilement ce but si les hypothèques légales des femmes mariées et des mineurs n'existaient pas. « La vraie difficulté, dit-il, de la matière qui nous occupe consiste donc à concilier le système de la publicité complète et absolue avec la protection due aux mineurs et aux femmes mariées. Pour que la publicité existe d'une manière réelle, il faut que les hypothèques de ces incapables se manifestent par des inscriptions et n'aient de rang qu'à la date de ces inscriptions ; mais, pour que le mineur et la femme mariée soient couverts par une protection suffisante, il est nécessaire que le législateur fasse en sorte que ces inscriptions soient prises ».

La commission adopta donc toute une série de mesures destinées à assurer l'inscription des hypothèques légales, en déclarant que si ces mesures étaient efficaces, la situation des incapables serait non seulement aussi bonne, mais même meilleure que sous le code civil : leur hypothèque, étant forcément inscrite, ne pourrait plus, en effet, disparaître par une purge qu'ils sont le plus souvent dans l'impossibilité de connaître ; au lieu de laisser, dit encore M. de Vatimesnil, les mineurs et les femmes mariées dans cette situation précaire et douteuse où leurs droits sont livrés à des chances qui échappent à tout calcul, ne vaut-il pas mieux créer un nouveau système dans lequel l'hypothèque légale n'aura de rang et de force que lorsqu'elle sera inscrite, mais où, en même temps, le législateur pourvoira d'une manière sérieuse à ce que l'inscription soit prise ? Ce système ne présentera-t-il pas à la fois plus de garanties pour les incapables, puisque, leurs

hypothèques, étant inscrites, ne pourront disparaître, comme aujourd'hui, et plus de sécurité pour les tiers qui contracteront avec le mari ou le tuteur, puisque ces tiers connaîtront les créances qui doivent les primer.

Telle est l'économie du projet de la commission, publicité complète et absolue des hypothèques légales, c'est-à-dire publicité, spécialité et détermination.

Voyons maintenant de quelle façon ces principes reçurent leur application dans les projets de 1850.

SECTION II

LA PUBLICITÉ ET LA SPÉCIALITÉ DES HYPOTHÈQUES LÉGALES DANS LES PROJETS DE 1850

§ I. *Hypothèque légale de la femme mariée.*

A. *Mesures relatives à la spécialité.* — L'hypothèque légale de la femme mariée porte encore sur tous les immeubles de son mari et garantit toutes les créances qu'elle peut avoir contre lui, mais elle ne prend rang et ne produit d'effet qu'au moyen de l'inscription et cette inscription doit être spéciale quant au gage et quant aux créances garanties.

A quelle époque doit être faite cette spécialisation?

A ce point de vue, il faut distinguer les droits que la femme a dans son patrimoine lors du contrat de mariage et ceux qu'elle acquiert par la suite.

Pour les droits que la femme possède lors du contrat de mariage, c'est-à-dire pour sa dot et ses conventions matrimoniales, la femme a hypothèque du jour du contrat de mariage et la spécialisation doit être faite dans ce contrat.

Pour les droits que la femme peut acquérir au cours du

mariage, c'est-à-dire pour les sommes dotales provenant de successions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage ou pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari ou pour le emploi de ses propres aliénés, la femme a hypothèque du jour de ces faits : cette hypothèque pour être valable étant subordonnée à la formalité de l'inscription, c'est lors de cette inscription, c'est-à-dire après la survenance des dits faits que la spécialisation doit avoir lieu.

En quoi doit consister cette spécialisation ?

Cette spécialisation doit être double : il faut déterminer et les immeubles sur lesquels l'inscription est requise et les créances que cette hypothèque doit garantir (art. 2144, 1° et 2° du projet de la commission, art. 2158 du projet du gouvernement).

Qui doit faire cette spécialisation ?

Ici encore, il faut distinguer entre les droits résultant pour la femme de son contrat de mariage et ceux acquis au cours de l'union.

Pour les droits résultant du contrat de mariage, ce sont les parties elles-mêmes qui doivent procéder à cette double spécialisation. Si elles l'ont omise, l'article 2156 du projet du gouvernement établit la responsabilité subsidiaire du notaire rédacteur de l'acte, et l'article 2144 du projet de la commission condamne ce même notaire à une amende de 100 francs.

Pour les droits naissant au cours du mariage, le projet du gouvernement, dans son article 2159, s'en remet au mari, à la femme, à ses parents ou à leurs amis, pour réaliser cette spécialisation. Le projet de la commission est plus protecteur des intérêts de la femme, et l'article 2145 dit : « Tout notaire qui recevra un acte portant vente d'un immeuble appartenant

à une femme mariée, obligation d'une femme conjointement avec son mari, acceptation d'une donation ou délivrance d'un legs d'effets mobiliers au profit d'une femme mariée, qui procèdera à la liquidation d'une succession dans laquelle une femme mariée aura des droits, et généralement qui passera un acte par suite duquel un mari se trouvera appelé à recevoir des valeurs mobilières appartenant à sa femme, sera tenu, sous peine de 100 francs d'amende, d'interpeller celle-ci de déclarer si elle entend inscrire son hypothèque légale à raison de l'acte qu'elle va souscrire, et en cas d'affirmative, sur quels immeubles l'inscription devra être prise ».

Sur quels biens du mari porte l'hypothèque légale de la femme?

En principe, cette hypothèque porte sur tous les immeubles du mari; mais en fait, l'inscription de l'hypothèque légale étant obligatoire et cette inscription devant être spéciale, elle ne portera que sur les immeubles désignés dans l'inscription. Le projet a simplement voulu dire que tous les immeubles du mari, qu'il les possède lors du contrat de mariage ou qu'il les acquière après, seront susceptibles de se voir soumis à l'hypothèque de la femme, si celle-ci se fait inscrire.

Pour les immeubles que le mari possède lors du contrat de mariage, ceux là seuls que le contrat de mariage désigne seront soumis à l'hypothèque légale de la femme (art. 2158 du projet du gouvernement et art. 2144-2° du projet de la commission). Cette disposition est donc dangereuse pour la femme qui peut se voir supprimer toute garantie, si la spécialisation a été omise dans le contrat de mariage. Aussi, comme nous l'avons vu plus haut, les deux projets établissent des sanctions pénales contre le notaire fautif. Mais le projet de la commission se montre plus prévoyant que celui

du gouvernement, il établit une sanction civile contre le mari, si la désignation des immeubles qui doivent être grevés a été omise, et l'article 2144-5° décide que dans ce cas tous les immeubles du mari seront soumis à l'hypothèque légale de sa femme.

Ce que nous venons de dire n'est vrai que pour les droits de la femme qui existent lors du contrat de mariage, et si au cours du mariage elle devient titulaire de nouveaux droits, elle pourra prendre inscription sur les immeubles que le mari avait en sa possession lors du contrat de mariage, jusqu'à concurrence d'une somme égale à la valeur de ces nouveaux droits (art. 2159-2° du projet du gouvernement, art. 2145 du projet de la commission).

Il n'y a pas que les immeubles que le mari possède lors du contrat de mariage qui seront susceptibles d'une inscription de l'hypothèque légale de sa femme : il en est de même pour ceux qu'il acquerra au cours du mariage et à qui l'on donne le nom de « biens adventifs ». Le projet de la commission décide, dans son article 2146, que ces biens pourront toujours être grevés de l'hypothèque légale, il ne fait aucune distinction et est écrit simplement pour donner un délai à la femme pour prendre inscription. Il n'en est pas de même dans le projet du gouvernement, qui, lui, fait des distinctions : d'après son article 2159, en effet, la femme ne pourra requérir inscription sur ces biens adventifs pour les droits qu'elle possédait déjà lors du contrat de mariage, que si cet acte mentionne que le mari ne possédait pas d'immeubles lors de la passation de cet acte, ou que ces immeubles étaient notoirement insuffisants pour garantir la femme ; d'après ce même article 2159, ce n'est que pour les droits nés au profit de la femme au cours de l'union conjugale que celle-ci aura toute liberté pour s'inscrire sur les biens adventifs de son mari.

La garantie de la femme peut devenir excessive et alors le mari doit avoir un moyen de faire rentrer ces sûretés dans des limites convenables. Les projets du gouvernement (art. 2161) et de la commission (art. 2149 et 2150) ont pour but de donner satisfaction à cette nécessité et tous deux sont d'accord également pour décider qu'aucune réduction ne sera possible lorsque les sûretés jugées excessives auront été stipulées dans le contrat de mariage : c'est une conséquence du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Donc les deux projets concordent sur le point de savoir quand la réduction pourra être demandée, mais ils sont en divergence au point de vue des formalités nécessaires.

L'article 2161 du projet du gouvernement, en effet, se borne à dire que le mari pourra demander la réduction de l'hypothèque légale de sa femme aux immeubles suffisants pour la conservation entière de ses droits, après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents de la femme.

L'article 2150 du projet de la commission exige l'avis préalable non pas des quatre plus proches parents de la femme, mais de son conseil de famille composé conformément aux articles 407 et suivants du code civil. De plus, ce même article est plus explicite au point de vue de la procédure à suivre, pour demander la réduction. Il veut qu'on procède par voie d'action quand la femme ne consent pas à la réduction demandée par le mari, et qu'au contraire on procède par voie de requête quand les époux sont d'accord.

B. *Mesures relatives à la publicité.* — L'hypothèque légale de la femme mariée ne devient efficace que par la publicité, et a un rang subordonné à son inscription.

Toutefois le projet de la commission ne renferme pas les mêmes solutions que celui du gouvernement au sujet de la

date de l'hypothèque de la femme stipulée dans le contrat de mariage. Le projet du gouvernement, dans son article 2156, exige bien que cette hypothèque soit inscrite avant la célébration du mariage, mais son article 2142 dit qu'elle ne prendra date que du jour de cette célébration, si bien que l'on doit inscrire une hypothèque qui n'existe pas encore, ce qui n'est guère explicable. Le projet de la commission nous présente une autre solution : l'hypothèque de la femme date du contrat de mariage et, par conséquent, de l'inscription prise aussitôt après cet acte ; mais cette hypothèque est conditionnelle et n'existera d'une manière définitive qu'autant que le mariage sera célébré ; aussi l'article 2144-7° établit une procédure pour obtenir la radiation de l'hypothèque de la femme si la célébration du mariage n'a pas lieu, par l'effet soit du décès de l'un des futurs époux, soit d'une rupture. Malgré l'anomalie que présente la décision du projet gouvernemental, nous devons cependant reconnaître qu'elle n'est en rien préjudiciable aux intérêts des tiers, puisqu'on leur fait connaître une hypothèque qui n'est pas encore née. Mais nous ne dirons pas de même d'une solution admise cette fois par le projet de la commission, solution qui, elle aussi, constitue une exception à la règle que l'hypothèque de la femme ne prend rang que du jour de son inscription, mais qui, en outre, constitue un danger pour les tiers, puisqu'elle donne une certaine rétroactivité à l'inscription ; c'est la décision que renferme l'article 2146. Cet article s'occupe de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée sur les biens adventifs du mari et il décide que « la femme ou ceux qui agissent dans son intérêt auront deux mois pour prendre inscription sur ces biens ». Ce délai court du jour de l'acquisition faite par le mari, et s'il s'agit d'une acquisition sujette à transcription, les deux mois ne courront que du

jour de la transcription. Si l'inscription est prise dans ce délai, l'effet en remontera au jour de l'acquisition ou de la transcription et la femme ne sera primée que par les privilèges. Si, au contraire, l'inscription est requise après l'expiration du délai de deux mois, elle ne produira d'effet qu'à compter de sa date. Cette disposition présente donc des dangers pour les tiers. M. de Vatimesnil la justifie dans son rapport en faisant remarquer que si l'inscription de l'hypothèque légale sur les biens adventifs du mari ne produit effet qu'à sa date, le mari aura le temps de grever ces immeubles d'hypothèques conventionnelles, et ainsi le droit de la femme deviendra illusoire, et il ajoute qu'il n'y aura pas de déception possible pour les tiers, car le public sera averti que ce n'est que deux mois après une acquisition qu'on pourra, avec une sécurité complète, prêter à celui qui aura fait cette acquisition. Il n'en est pas moins vrai que c'est là une disposition contraire à l'idée de publicité, et qui constitue une certaine menace pour les tiers.

Le rang de l'hypothèque légale de la femme mariée dépendant de son inscription, il fallait, pour lui donner une complète sécurité, assurer cette inscription : aussi le projet du gouvernement et celui de la commission obligent certaines personnes à la requérir et autorisent certaines autres à le faire.

Quelles sont les personnes obligées de requérir inscription de l'hypothèque légale ?

Le projet de la commission contient des mesures plus efficaces que celui du gouvernement pour assurer l'inscription de l'hypothèque de la femme en ce qu'il investit des officiers publics de cette mission.

D'après le projet du gouvernement, pour l'hypothèque

stipulée au profit de la femme dans le contrat de mariage, l'inscription doit être requise avant la célébration du mariage par son mari, ou, à son défaut, sous peine de responsabilité, par le notaire rédacteur du contrat de mariage (art. 2156); et pour l'hypothèque que la femme acquiert au cours du mariage, c'est son mari seul qui est chargé de l'inscription (art. 2159).

Le système proposé par la commission est plus protecteur des intérêts de la femme. La commission, en effet, ne comprit pas comment le notaire pouvait être rendu responsable du défaut d'inscription par le mari : car il n'a aucun moyen de le surveiller et de savoir s'il a pris inscription sur des immeubles, qui peuvent être situés à de grandes distances. Aussi l'article 2144-6° décide « qu'il sera pris inscription sur les immeubles désignés dans le contrat à la diligence du notaire qui aura reçu ce contrat ». Le notaire doit procéder à cette formalité dans la huitaine du contrat de mariage, et le projet établit des sanctions sévères s'il ne le fait pas : une amende de 100 francs, et même, la destitution, selon les cas.

Pour l'hypothèque que la femme acquiert contre son mari au cours du mariage à raison de la naissance de nouvelles créances, le projet de la commission établit un système original. La commission pensa en effet que ce serait ruiner complètement le crédit du mari si on chargeait un officier public de prendre inscription dans l'intérêt de la femme, et qu'il suffirait, pour lui donner complète sécurité, qu'elle fût avertie et interpellée par le notaire sur la question de savoir si elle veut ou non prendre inscription. Si la femme déclare qu'elle n'entend pas prendre inscription, cela ne constitue pas une renonciation à son hypothèque légale : elle pourra s'inscrire plus tard si elle le désire ; de plus, le procureur de la république, qui doit être informé par le notaire de l'acte passé par

la femme, peut prendre inscription dans son intérêt, s'il reconnaît qu'elle a cédé à une sorte de contrainte et qu'il y a péril pour sa fortune. Si la femme, au contraire, déclare qu'elle entend s'inscrire, le notaire devra requérir cette inscription dans le même délai et sous les mêmes sanctions que précédemment.

Pour l'hypothèque que la femme peut avoir à inscrire sur les biens adventifs de son mari, le projet de la commission est moins protecteur et s'en remet à la femme ou à ceux qui agissent dans son intérêt.

Quelles sont les personnes autorisées à prendre inscription pour la femme ?

L'article 2157 du projet du gouvernement confère ce droit à la femme, à ses parents et à ceux de son mari, ainsi qu'aux amis de l'un et de l'autre.

Le projet de la commission est sensiblement différent (art. 2147) : tout d'abord il autorise la femme à prendre elle-même inscription, et il donne cette faculté à ses parents, mais sans parler des parents du mari, ni des amis de la femme ou du mari. Par contre il sera loisible aux alliés de la femme de requérir inscription, et il en sera de même du procureur de la république du domicile des époux. Enfin le projet veut que les receveurs de l'enregistrement, lorsqu'ils dressent des procès-verbaux de contravention contre les officiers publics qui étaient chargés de prendre inscription et qui auront négligé de le faire, prennent eux-mêmes les inscriptions.

Tel est l'ensemble des dispositions tendant à assurer l'inscription de l'hypothèque de la femme ; mais le projet du gouvernement prévoit un cas que laisse sous silence la commission : celui où il n'y a pas de contrat de mariage ; et l'article

2160 dit que l'inscription sera alors requise par le mari ou par la femme, par ses parents et amis, ou par les témoins du mariage. La commission a laissé ce cas de côté, car à son avis la femme qui se marie sans contrat ne peut pas avoir une hypothèque au moment du mariage : « Le mobilier qu'elle apporte, dit M. de Vatimesnil, tombe dans la communauté, et la femme renonçante n'a pas le droit de reprendre ce mobilier. Il n'y a donc pas d'hypothèque de ce chef. Quant aux immeubles de la femme, l'hypothèque ne peut naître qu'au moment de leur aliénation : elle n'existe donc pas au moment du mariage ».

§ II. *Hypothèque légale du mineur.*

A. *Mesures relatives à la spécialité.* — Comme pour l'hypothèque légale de la femme mariée, la spécialité de l'hypothèque légale du mineur doit être double : les immeubles grevés doivent être désignés de façon particulière, et les créances à la sûreté desquelles ils sont affectés doivent être déterminées dans leur montant.

Qui donc sera chargé de faire cette double spécialisation ?

Les deux projets, celui du gouvernement et celui de la commission, sont d'accord pour confier ce soin au conseil de famille (art. 2133 du projet du gouvernement, art. 2130 du projet de la commission). L'exécution de cette disposition ne souffre aucune difficulté quand le tuteur est nommé par le conseil de famille ; dans ce cas, ce dernier, après avoir procédé à la nomination du tuteur, fixe les garanties qu'il sera obligé de fournir pour sûreté de sa gestion. Mais il n'en va plus de même quand la tutelle est légale ou testamentaire : dans ces deux derniers cas, le code civil n'oblige pas le tuteur à convoquer le conseil de famille : aussi les deux projets

prennent des mesures pour que cette convocation soit faite, afin que le mineur ne soit pas dépourvu de sûreté, et ils décident que si le tuteur, quel qu'il soit, s'ingère dans la gestion des biens du pupille avant que le conseil de famille ait procédé à la spécialisation de l'hypothèque du mineur, il pourra être destitué de la tutelle.

A quelle époque doit-on procéder à cette spécialisation ?

C'est avant l'entrée en gestion du tuteur que l'hypothèque du mineur doit être spécialisée ; toutefois dans le cas où, par suite d'événements ultérieurs, les garanties données au mineur deviendraient insuffisantes, le conseil de famille pourra exiger ou une augmentation de la somme que devait garantir l'hypothèque, ou l'extension de cette hypothèque à d'autres immeubles. De plus, le projet de la commission contient un autre tempérament très sage que renferment les articles 2133 et suivants : en général, quand une tutelle s'ouvre, le mineur recueille une succession, et sa fortune se compose du montant de cette succession. La somme à laquelle le conseil de famille doit fixer la garantie dépend donc nécessairement de l'importance de cette succession ; mais, tant que l'inventaire n'est pas fait, il est souvent difficile d'apprécier, même approximativement, le montant de cette succession ; et cependant il importe qu'une inscription soit prise sans délai, parce que, si l'on différait, le tuteur pourrait grever ses biens. Dans ce cas la commission a pensé qu'il serait sage de permettre, par exception, de prendre inscription pour une somme indéterminée : ce n'est que plus tard, lorsque l'inventaire sera fait, que le tuteur pourra faire fixer la somme pour laquelle les immeubles sont grevés.

Les garanties données au mineur à l'ouverture de la tutelle

peuvent devenir insuffisantes au cours de cette tutelle, le mineur peut acquérir de nouveaux biens et alors il est nécessaire qu'on lui donne un supplément de garantie; l'article 2149 du projet du gouvernement dit que le conseil de famille pourra le lui accorder; mais ce projet n'édicte aucune mesure pour rendre le conseil de famille à même de décider cette extension de l'hypothèque du mineur. Le projet de la commission, lui, est plus prévoyant, et son article 2136 décide que dans le cas où il s'agit soit d'une donation entre vifs acceptée pour le mineur par un ascendant conformément à l'article 935-3° du code civil, soit d'un legs susceptible d'être accepté par le tuteur sans délibération du conseil de famille, le notaire qui a reçu l'acte d'acceptation ou qui est dépositaire du testament doit, sous peine de dix francs d'amende, en donner avis au juge de paix du lieu de la tutelle et lui envoyer un extrait de l'acte; sur le vu de cet extrait le juge de paix doit convoquer le conseil de famille, qui décidera s'il y a lieu d'exiger un supplément de garanties du tuteur. Si au contraire il s'agit d'une succession, d'une donation entre vifs ou d'un legs, sur l'acceptation desquels le conseil de famille doit délibérer, le conseil décidera, par la délibération portant autorisation d'accepter, s'il y a lieu d'ajouter à la garantie primitivement fixée.

Au lieu de devenir insuffisantes, les garanties exigées du tuteur peuvent être excessives. Le projet du gouvernement et celui de la commission donnent alors le moyen au tuteur de faire rentrer l'hypothèque dans les proportions nécessaires. D'après les deux projets, la demande doit être faite contre le subrogé tuteur; mais le projet de la commission exige que le tribunal, avant de se décider, demande l'avis du conseil de famille.

B. *Mesures relatives à la publicité.* — L'hypothèque légale du mineur ne prend rang que du jour de son inscription : toutefois nous trouvons dans le projet de la commission la même décision que pour l'hypothèque légale de la femme mariée au sujet de l'inscription de l'hypothèque du mineur sur les biens adventifs du tuteur ; prise dans le délai de deux mois, cette inscription rétroagira au jour de l'acquisition ou de sa transcription.

Comme pour l'hypothèque légale de la femme mariée, il était nécessaire d'en assurer l'inscription et, ici encore, nous trouvons des personnes obligées de requérir inscription et d'autres qui n'en ont que la faculté.

Quelles sont les personnes chargées de requérir inscription de l'hypothèque du mineur ?

Le projet du gouvernement charge de ce soin le tuteur lui-même et la seule sanction sera que, si le tuteur s'ingère dans la gestion avant cette inscription, le conseil de famille pourra le destituer (art. 2143). Mais le subrogé tuteur est tenu, sous sa responsabilité personnelle envers le mineur, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai et, au besoin, il doit les prendre lui-même (art. 2144). Enfin, d'après l'article 2143, le conseil de famille peut spécialement commettre le subrogé tuteur ou l'un de ses membres ou toute autre personne pour requérir lesdites inscriptions. Enfin, pour assurer l'inscription de l'hypothèque du mineur, l'article 2147 décide que les greffiers des justices de paix ne peuvent, sous peine de responsabilité envers le mineur et de destitution, délivrer aucune expédition des délibérations des conseils de famille, à l'exception de celles relatives aux nominations de tuteurs et subrogés tuteurs, avant qu'il leur ait été justifié, par la présentation des bordereaux certifiés par

les conservateurs, que les inscriptions des hypothèques du mineur ont été opérées.

Le projet de la commission est plus protecteur; au lieu de s'en remettre au tuteur, c'est au greffier de la justice de paix qui a assisté à la délibération du conseil de famille qu'il impose l'obligation de requérir l'inscription (art. 2130). Cet officier doit, sous peine d'une amende de 100 francs ou même de destitution, procéder à cette formalité dans la huitaine de la délibération et, pour ce faire, il doit faire parvenir au conservateur des hypothèques les bordereaux d'inscription dans le délai indiqué; ce dernier doit lui délivrer un récépissé constatant la remise de ces bordereaux. Le greffier doit faire viser ce récépissé par le juge de paix et délivrer copie de ce récépissé et de ce visa au tuteur; ce dernier ne pourra procéder à aucun acte de gestion, sauf l'inventaire ou les actes conservatoires, avant d'avoir entre les mains ce récépissé, sous peine de responsabilité personnelle envers le mineur ou de destitution, ou de privation de l'usufruit légal si le tuteur est le père ou la mère. Pour plus de garantie, l'article 2132 décide que les tuteurs, sous peine de destitution, et les subrogés tuteurs sous peine de responsabilité personnelle, doivent veiller à ce que le greffier prenne inscription et, si ce dernier omet de le faire, le même article 2132 leur ordonne de les requérir eux-mêmes.

Si, au cours de la tutelle, un supplément de garantie est rendu nécessaire par la naissance de nouveaux droits pour le tuteur, le même mécanisme fonctionne pour la prise de l'inscription après que le conseil de famille aura procédé à la spécialisation (art. 2137-2°).

Pour l'inscription qui doit être prise sur les biens adventifs du tuteur, le système est moins protecteur des intérêts du mineur, car l'article 2140 confie le soin de prendre inscrip-

tion soit au tuteur lui-même, à peine de destitution, soit au subrogé tuteur.

Quelles sont les personnes qui peuvent requérir l'inscription de l'hypothèque légale du mineur ?

Le projet du gouvernement, dans son article 2146, donne ce droit aux parents du mineur, au mineur lui-même et à ses amis. L'article 2147 du projet de la commission dit que les inscriptions pourront être requises par les parents et alliés du mineur ou par ses amis. Si l'inscription n'est pas prise, elle le sera par le procureur de la République du lieu dans lequel la tutelle aura été déférée ou par le juge de paix du même lieu. Enfin, les receveurs de l'enregistrement qui dresseront des procès-verbaux de contravention contre les officiers chargés de l'inscription, seront tenus de requérir cette inscription.

C. Mesures tendant à rendre efficace la protection du mineur. — Les auteurs des projets du gouvernement et de la commission ne firent pas de l'hypothèque légale le seul moyen de protection des mineurs. Cette hypothèque légale, en effet, ne peut être de quelque utilité pour le mineur que si son tuteur possède des immeubles ; si ce dernier ne possède qu'une fortune mobilière, le mineur n'aura aucune garantie. Les jurisconsultes de 1830 ne pensèrent pas à exiger du tuteur le versement d'un cautionnement : ils se contentèrent de diminuer ses pouvoirs sur les biens du mineur et, par conséquent, de réduire le plus possible la créance que celui-ci pourrait avoir contre lui, en exigeant le versement des fonds pupillaires dans une caisse publique.

Nous trouvons cette protection organisée dans le projet du gouvernement par les articles 2150 et suivants ; si à l'ouverture de la tutelle, il est reconnu que le tuteur ne possède pas

d'immeubles ou n'en possède que d'insuffisants, le conseil de famille, après avoir déterminé la somme à laquelle commence pour le tuteur l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense, peut ordonner qu'en attendant cet emploi les capitaux du mineur soient versés à la caisse des dépôts et consignations à la diligence du subrogé-tuteur ou de l'un de ses membres. Le tuteur ne pourra retirer ces capitaux de la caisse des dépôts que pour en faire l'emploi fixé par le conseil de famille. Les mêmes dispositions se retrouvent dans le projet de la commission dans l'article 2141.

Toutefois ce qui se trouve dans le projet du gouvernement et qui ne se rencontre pas dans celui de la commission, c'est l'idée de l'introduction de la haute tutelle dans notre législation ; l'article 2153 dit, en effet, qu'il sera tenu au greffe de chaque justice de paix un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton ; cet état doit contenir la date de l'ouverture des tutelles, les noms, prénoms et demeures des mineurs, tuteur et subrogé tuteur, la date et le résumé des délibérations des conseils de famille relatives à l'hypothèque légale des mineurs et la date des inscriptions. Chaque année, le greffier doit envoyer au procureur de la République de son arrondissement la copie de cet état qui doit être présenté au tribunal dans le mois suivant, et ce tribunal décidera quelles mesures doivent être prises pour assurer une sûreté efficace aux mineurs.

SECTION III

AVORTEMENT DU PROJET DE RÉFORME DE 1850

Comme nous l'avons dit plus haut, la discussion de la réforme hypothécaire commença le 25 juin 1850 devant l'Assemblée législative. Cette assemblée vota le passage à une seconde lecture, qui débuta le 13 novembre de la même

année. Au cours de cette discussion, les propositions de la commission furent complètement modifiées au point de vue de la publicité et de la spécialité des hypothèques légales.

MM. Gaslonde et Demante, lors de la discussion de l'article 2129 du projet de la commission, présentèrent, en effet, un amendement ainsi conçu :

« L'hypothèque n'a de rang et ne produit d'effet que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. Néanmoins l'hypothèque légale existe indépendamment de toute inscription au profit des mineurs et interdits et au profit des femmes, pendant toute la durée de la tutelle et du mariage, à raison des causes et à compter des époques déterminées par les articles 2125 et 2126 du code civil : faute par la veuve, par les mineurs devenus majeurs, par les interdits légalement relevés de l'interdiction ou par leurs héritiers ou ayants-cause, d'avoir pris inscription dans l'année qui suivra la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne datera, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui seraient ultérieurement requises ».

Après une longue discussion, dans laquelle intervinrent plusieurs membres de l'assemblée et le ministre de la justice, cet amendement fut adopté le 8 janvier 1851 par 344 voix contre 325, malgré l'opposition du rapporteur de la commission.

Dans la séance du 12 février, la commission rapporta le projet de loi tel qu'il avait été amendé : les hypothèques légales étaient occultes et générales, mais devaient être rendues publiques dans l'année suivant la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle.

Toutefois le nouveau projet de loi édicte des mesures tendant à rendre les hypothèques légales publiques et spéciales.

Ainsi l'article 2136 décide que, par contrat de mariage, il pourra être convenu que l'hypothèque légale de la femme mariée sera limitée à certains immeubles du mari ou que même cette hypothèque n'existera pas; de même, l'article 2137 décide que le conseil de famille pourra déclarer que l'hypothèque légale du mineur ne portera que sur certains immeubles du tuteur ou que cette hypothèque n'existera pas; mais alors, dans ce dernier cas, l'homologation du tribunal civil devient nécessaire.

Enfin, l'article 2139 dit que la somme à raison de laquelle existera l'hypothèque légale pourra être déterminée, savoir : à l'égard de la femme, pour sa dot, ses conventions matrimoniales et ses reprises, par le contrat de mariage; et à l'égard du mineur ou de l'interdit, pour la gestion du tuteur, par délibération du conseil de famille.

Le projet ainsi amendé revint en troisième lecture, devant l'Assemblée législative, le 1^{er} juillet 1851. La discussion fut renvoyée à une séance ultérieure, pour que la commission pût examiner les amendements déposés entre les deux lectures. Mais, par suite des événements politiques qui amenèrent la dissolution de l'Assemblée législative, cette discussion ne fut pas reprise et ainsi avorta le projet de réforme de notre régime hypothécaire.

CHAPITRE IV

LA RÉFORME PARTIELLE DE 1853

L'œuvre qui resta inachevée en 1851 devait être reprise sous l'empire. Au projet de loi de 1850, on avait rattaché l'organisation du crédit foncier, et cette question fut réglée par un décret du 28 février 1852.

Ce décret de 1852 donnait à entendre que sous peu serait présentée au corps législatif une loi générale réglementant la publicité des transferts immobiliers et de toutes les charges réelles grevant les immeubles. Mais ce projet de loi ne fut présenté que le 11 mai 1853.

Ce projet était loin d'être conçu sur des bases aussi radicales que celui de 1850 : ce n'était qu'une reproduction assez réduite des dispositions qui avaient été votées en deuxième lecture, en 1851, par l'Assemblée législative.

L'exposé des motifs nous renseigne très exactement sur la portée de la réforme projetée par ses auteurs quand il nous dit que pour réaliser une grande refonte de notre régime hypothécaire, « il eût fallu toucher au code Napoléon, la plus belle conquête des temps modernes », et que ce code était « l'œuvre d'un génie universel et d'une législature où s'était rencontrée une pléiade d'hommes que les siècles ne présentent pas toujours réunis » ; et plus loin il ajoute qu'« il ne s'agit pas de porter sur le code Napoléon une main sacrilège, ses dispositions resteront intactes, son économie entière. Nous ne vous présentons que des dispositions pour ainsi dire additionnelles, choisies parmi celles qui n'ont rencontré aucune opposition, destinées à combler des lacunes, à satis-

faire des besoins depuis longtemps proclamés et à parer à des dangers universellement reconnus. Compléter, ce n'est pas détruire ».

A propos des hypothèques légales, le même exposé des motifs nous dit : « L'existence de l'hypothèque légale, indépendamment de toute inscription, a soulevé d'interminables débats : nous ne voulons pas même donner le plus léger prétexte de les renouveler. Cette grande faveur sera maintenue tant que sera maintenue sa raison d'être : tant que la femme est dans la dépendance du mari dont l'intérêt est contraire au sien, tant que le mineur est sous l'autorité d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription si elle était nécessaire, la loi supplée par une protection, peut-être exorbitante, à la résistance du mari ou du tuteur. Mais quand la capacité d'action sera venue à l'un et à l'autre, le besoin de la publicité reprendra tous ses droits et il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune ».

On se rend compte facilement, par ces citations, dans quel esprit était conçu le projet de loi de 1853 : conserver les dispositions du code civil en y apportant quelques améliorations.

Ce fut M. de Belleyrne qui fut chargé par la commission du corps législatif de rédiger le rapport qui fut déposé le 21 mars 1854. La discussion ne fut ouverte que le 13 janvier 1855 et fut terminée le 17 du même mois. La loi fut adoptée par le sénat le 14 mars et devint la loi du 23 mars 1855, qui eut pour principal but de rétablir la transcription disparue, on ne sait trop pourquoi, de notre code, et qui formula certaines règles relatives aux hypothèques légales.

C'est d'abord l'article 8 qui déclare que : « Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction,

leurs héritiers ou ayants cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement ».

C'est de plus l'article 9, qui décide que dans le cas où la femme peut céder ou renoncer à son hypothèque, cette cession ou renonciation ne peut être faite que par acte authentique et que les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit.

La loi de 1853 ne contient rien de plus, elle n'établit la publicité des hypothèques légales qu'après la dissolution du mariage ou de la tutelle et celle de l'hypothèque de la femme qu'en cas de cession ou de renonciation. Les hypothèques légales restèrent donc occultes et générales comme par le passé ; et la loi de 1855 ne va pas aussi loin que le projet de loi de 1850 tel qu'il sortit de la seconde lecture, puisqu'elle ne renferme aucune disposition particulière pour favoriser la publicité et la spécialité des hypothèques légales. Ce n'était là qu'une réforme partielle.

TROISIÈME PARTIE

La publicité et la spécialité des hypothèques légales d'après la loi belge du 16 décembre 1851.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

La réforme du régime hypothécaire, qui, en France, n'avait pas pu être menée à bonne fin en 1850, devait aboutir à une époque contemporaine dans un pays qui avait adopté notre code civil : en Belgique.

M. le Ministre de la justice van Volxem, écoutant les réclamations qui de tous côtés s'étaient élevées contre la législation en vigueur, institua par un arrêté royal du 24 décembre 1841 une commission pour rédiger un projet de révision du régime hypothécaire. Cette commission était composée de cinq membres, tous magistrats. Mais par un autre arrêté royal du 2 décembre 1846, rendu sur l'initiative du ministre de la justice d'Anethan, ces commissaires furent remplacés par une commission nouvelle composée d'hommes de science et d'hommes versés dans la pratique, représentant à la fois l'élément juridique, l'élément financier et administratif et l'élément économique (1).

(1) Cette commission était ainsi composée : MM. de Cuyper, conseiller à la Cour de cassation ; Coppyn, notaire ; Dauby, inspecteur général de l'enregistrement ; Charles de Brouckere, ancien ministre des finances ; Rutgeerts, professeur à l'université de Louvain ; Stas, conseiller à la Cour de cassation ; Toussaint, représentant, et Girardin, avocat.

Cette commission, qui s'inspira, pour faire son travail, des documents réunis en France par le gouvernement auprès des cours judiciaires et des facultés, adressa son rapport à M. le ministre de la justice, de Haussy, le 12 août 1848. Le projet de réforme qui l'accompagnait fut déposé par le gouvernement sur le bureau de la chambre des représentants le 7 novembre 1848. Une commission choisie dans le sein de la chambre fut chargée d'examiner ce travail, et M. Lelièvre fut nommé rapporteur. Devant cette commission et devant la chambre, le projet subit de nombreuses modifications. Le sénat, saisi à son tour de la loi, nomma une commission dont le rapporteur fut M. le baron d'Anethan, ancien ministre de la justice, et le projet reçut encore des modifications de détail. La loi, qui porte la date du 16 décembre 1851, fut publiée le 22 décembre suivant dans le *Moniteur*, pour être mise en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1852.

Sur quelles bases est construite cette loi de révision ?

L'idée générale qui domine les dispositions de la loi nouvelle est la publicité des mutations immobilières, des privilèges sur les immeubles, des hypothèques, des charges réelles de tout genre.

Ainsi donc la loi du 16 décembre 1851 rétablit la transcription et établit un autre système de publicité des privilèges immobiliers, la publicité et la spécialité de toutes les hypothèques.

La loi belge conserve les hypothèques légales comme moyen de protection des intérêts des femmes mariées et des mineurs; mais, en ce qui concerne ces derniers, elle contient des dispositions supplémentaires pour leur assurer une protection indépendante de l'hypothèque légale.

Les hypothèques légales n'ont de rang que du jour de l'ins-

cription sur les registres du conservateur dans la forme et de la manière prescrites par la loi.

Elles garantissent tous les droits et créances des femmes mariées sur les biens de leur mari, et ceux des mineurs sur les biens de leur tuteur; mais ces créances doivent être déterminées dans l'inscription.

Elles affectent tous les immeubles, même les biens à venir, mais à la condition que les immeubles servant de garantie soient spécialisés dans l'inscription.

On voit donc que l'hypothèque légale reste générale dans son essence, mais elle doit être spécialisée dans l'inscription qui est nécessaire pour la validité de cette hypothèque. L'hypothèque est générale en ce sens qu'elle frappe tous les biens du débiteur, de sorte qu'il peut être pris inscription sur tous ses biens; mais elle est spéciale en ce sens que la loi veille à ce que l'inscription ne soit prise que sur les biens dont l'affectation est nécessaire à la garantie du créancier; si l'inscription prise dépasse les nécessités de cette garantie, le créancier en pourra demander la réduction.

La loi belge établit donc la publicité, la spécialité et la détermination des hypothèques légales. Nous allons voir par quels moyens elle y est parvenue, et quelles mesures elle édicte pour la protection des incapables, protection qui, lors de la rédaction du code civil, avait été jugée comme devant entraîner nécessairement la clandestinité et la généralité des hypothèques légales.

TITRE PREMIER

Des sûretés des femmes mariées.

CHAPITRE PREMIER

DE LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES FEMMES MARIÉES EN GÉNÉRAL

Des différentes propositions qui se firent jour au cours de la discussion de la loi du 16 décembre 1851 pour assurer la protection des intérêts pécuniaires de la femme mariée, pas une ne cherche autre part que dans l'hypothèque légale le moyen de protéger la femme.

Au sujet de cette protection, la commission spéciale du gouvernement nous dit, dans son rapport : « Si le législateur doit entourer d'une protection toute spéciale les mineurs et les interdits, les femmes mariées ne réclament pas au même degré sa sollicitude ; à leur égard, il faut s'en rapporter, en partie du moins, à la vigilance des intérêts individuels. Les événements qui donnent ouverture aux tutelles sont en général des accidents malheureux et imprévus qui frappent des individus incapables de veiller à la conservation de leurs droits. Le mariage, au contraire, est un acte libre et raisonné ; presque toujours c'est un acte non seulement prévu, mais même longuement médité. Le contrat de mariage, qui forme

en quelque sorte un pacte d'union entre deux familles, est généralement préparé par de mûres délibérations : la femme y traite sous l'inspiration de ses parents, de ses proches, elle pourra donc y stipuler les garanties que réclament ses intérêts présents ou éventuels ».

Ainsi donc, aux yeux de la commission spéciale comme à ceux de la commission de la chambre des représentants, la femme a besoin d'une protection moindre que le mineur ; car, contrairement à ce qui se passe pour ce dernier, la femme est un être capable de veiller elle-même à la conservation de ses droits, et au cas où elle ne le ferait pas, elle est entourée de parents qui le feraient en son lieu et place. Aussi le projet de loi n'accorde pour toute protection à la femme qu'une hypothèque légale qui doit être stipulée dans le contrat de mariage et qui doit être inscrite, spéciale et déterminée ; toutefois, si la femme se marie sans contrat, ou si les garanties deviennent insuffisantes au cours du mariage, ou si la femme acquiert de nouveaux droits contre son mari au cours de ce même mariage, elle pourra, avec l'autorisation du président du tribunal, se voir concéder un supplément de garanties ; cette nouvelle hypothèque, elle aussi, devra être rendue publique, spéciale et déterminée.

Tel est, dans ses grandes lignes, le système de protection adopté par le projet de loi : La femme n'a comme garantie qu'une hypothèque qui, pour produire effet, doit être inscrite, spéciale quant aux immeubles qu'elle grève, déterminée quant aux créances qu'elle garantit, conditions qui feront de l'hypothèque un moyen de protection inefficace si la loi ne prend pas des mesures pour en assurer l'inscription.

La chambre des représentants devait être frappée de ce danger et MM. Thibaut et Van den Branden de Reth demandèrent le maintien de l'hypothèque légale et occulte, telle que

l'avait consacrée le code civil, et ils le demandèrent au nom des intérêts moraux de l'ordre le plus élevé qu'ils faisaient prévaloir sur l'intérêt du crédit. Toutefois, pour obvier aux plus graves inconvénients qui résultaient de la clandestinité de l'hypothèque légale du code civil, ils imposaient à la femme l'obligation de s'inscrire dans les six mois qui suivent la dissolution du mariage ; sinon, ce délai expiré, l'hypothèque légale de la femme ne prendrait rang que du jour de l'inscription. De plus, ils établissaient la purge sur contrat de prêt, quand les deniers en provenant doivent servir à acquitter une dette hypothécaire du mari antérieure à son mariage, ou à acquérir un immeuble qui reste propre au mari.

Enfin un troisième système fut présenté, ce dernier consistant à supprimer toute protection légale pour la femme et à laisser à cette dernière toute liberté pour assurer la conservation de ses droits. Ce fut M. Orts qui, dans la séance du 31 janvier 1851, déposa l'amendement conçu dans ce sens, en disant qu'il avait pour portée d'introduire en Belgique le système hollandais concernant l'hypothèque de la femme mariée, que l'article proposé était la traduction littérale de l'article 1217, paragraphe final du code hollandais, que l'hypothèque de la femme devenait purement conventionnelle.

A l'appui de son amendement, M. Orts disait que le système mixte ou de transaction proposé par la commission de la chambre et la commission spéciale et qui a pour but de continuer à protéger les femmes mariées comme le faisait le code civil, mais à l'aide d'une hypothèque publique et spéciale, devait être repoussé, et cela pour trois raisons principales. La première est que le système nuit au crédit parce qu'il grève publiquement le patrimoine de tous les maris pour des dettes qui n'existeront peut-être jamais et que ce

mal est plus ou moins grave selon que l'hypothèque de la femme sera accompagnée d'inscription forcée ou facultative. La seconde est que le système est inefficace parce qu'il s'en remet, pour l'inscription des hypothèques pendant le mariage, à la femme, au mari, aux parents et aux magistrats; or, l'expérience a prouvé que le mari, les parents et les magistrats ne font rien ou exagèrent. Quant à la femme, elle est le plus souvent, pendant le mariage, peu soucieuse de son hypothèque et, à plus forte raison, de son inscription. La troisième raison est que l'hypothèque de la femme est une garantie illusoire; tout le monde reconnaît en effet que la seule femme efficacement empêchée de se ruiner par l'hypothèque légale est la femme mariée sous le régime dotal; la femme commune ou non commune, libre d'aliéner son hypothèque, ne manque jamais de le faire, soit en s'obligeant avec son mari, soit en renonçant directement, si bien que cette hypothèque devient un danger au lieu d'être une sauvegarde. Enfin M. Orts faisait remarquer que la femme, assez forte pour résister à son mari qui lui demande sa signature pour renoncer à son hypothèque légale, résistera aussi bien lorsqu'il lui demandera de consentir à l'aliénation de ses propres et que, de plus, les procédures de la femme et de ses parents, pendant le mariage, contre le mari sont contraires aux principes du mariage et de la famille.

Cet amendement fut combattu de façon fort énergique par M. Lelièvre, dans un rapport spécial. Selon l'avis de l'éminent rapporteur de la chambre des représentants, il est indispensable de sauvegarder les droits de l'épouse à raison de l'état de dépendance où elle se trouve vis-à-vis de son mari. Or, il n'est pas possible de la forcer à demander le consentement du mari pour obtenir une hypothèque à titre du remploi de ses propres et des autres causes d'indemnité

nées pendant le mariage, car cette obligation aurait pour conséquence l'annulation complète des droits de l'épouse, sans qu'il soit même loisible à ses parents qui lui porteraient un véritable intérêt de prévenir le désastre que l'inexpérience de la femme ne lui permettrait pas de prévoir.

De plus M. Lelièvre fait remarquer que le système du projet favorise beaucoup plus la paix des ménages que celui de M. Orts : « Sous le régime du projet, dit-il, la femme peut même rester étrangère aux mesures de conservation prises dans son intérêt. La loi choisit des surveillants vigilants qui seuls ont, vis-à-vis du mari, la responsabilité exclusive des actes conservatoires qu'ils requerront, tandis que dans le système de M. Orts, la femme est mise en opposition directe avec le mari sans qu'on ait égard aux graves inconvénients qui peuvent résulter de cet état de choses. La loi ne peut faire pareille position à l'épouse qui, bien certainement, préférerait souvent sacrifier ses droits plutôt que de se mettre en hostilité vis-à-vis de son époux ; et puis supposons que le mari refuse de donner à son épouse les satisfactions auxquelles elle a droit, comment peut-on exiger que la femme exerce contre son mari une action judiciaire qu'une femme honnête ne se résignera jamais à intenter, eu égard à l'éclat dont semblable démarche est toujours accompagnée » ?

M. Lelièvre ajoute qu'une telle mesure, si la femme s'y résignait, serait la ruine du crédit de son mari, puisqu'elle serait la preuve indubitable que la femme elle-même n'a plus de confiance en lui, tandis que le procureur du roi peut d'office, requérir l'inscription sans qu'elle entraîne des conséquences aussi graves.

Enfin le rapporteur de la commission de la chambre termine en disant que souvent les propres de l'épouse sont aliénés forcément, cela se produit quand il s'agit d'une licitation

de biens mobiliers dans lesquels elle a une part indivise et quand cette licitation a lieu pendant le mariage. « Est-il juste, dit-il, de laisser la femme sans sécurité et de la forcer à exiger de son époux une garantie dont la seule exigence sera considérée par lui comme un soupçon outrageant ? Du reste, il n'est pas équitable que la femme, placée sous l'autorité maritale, soit entièrement assimilée vis-à-vis de son époux à une personne maîtresse de ses droits, en position de traiter avec son débiteur en pleine liberté et avec indépendance. La commission pense qu'en soumettant l'hypothèque légale à l'inscription, elle fait en faveur du crédit tout ce qu'il est possible de réaliser, mais que sans sacrifier les droits de la femme mariée, sans amener la ruine complète de celle-ci en cas de déconfiture du mari, on ne peut admettre le système radical de l'honorable M. Orts ».

Devant la chambre des représentants, le ministre de la justice combattit l'amendement de M. Orts, et, sur 72 membres qui prirent part au vote, 7 seulement se prononcèrent pour son adoption.

L'amendement de MM. Thibaut et Van den Branden de Reth fut également rejeté et la chambre se rallia au projet de sa commission.

Nous allons donc étudier l'hypothèque légale qui constitue pour la femme sa seule protection, en divisant la matière en deux chapitres bien distincts ; dans le premier nous nous occuperons de l'hypothèque stipulée dans le contrat de mariage, dans le second de celle qui ne l'a pas été dans ce contrat.

CHAPITRE II

DE L'HYPOTHÈQUE STIPULÉE DANS LE CONTRAT DE MARIAGE

SECTION PREMIÈRE

NATURE DE L'HYPOTHÈQUE STIPULÉE DANS LE CONTRAT DE MARIAGE

L'article 64 de la loi hypothécaire belge dit que : « La femme aura une hypothèque spéciale sur les biens qui sont affectés par le contrat de mariage, pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales et qu'elle pourra également stipuler, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour garantie des reprises de toute nature, même conditionnelles ou éventuelles, qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari », et l'article 65 ajoute : « Le contrat désignera les immeubles grevés de l'hypothèque, l'objet de la garantie et la somme à concurrence de laquelle l'inscription pourrait être prise ».

Ces dispositions faisaient dire au rapporteur du sénat, M. d'Anethan, que l'hypothèque que la femme acquiert de cette façon est une véritable hypothèque conventionnelle, car, étant stipulée dans le contrat de mariage, elle sera donc donnée du consentement du mari; de plus, comme toutes les autres hypothèques, elle n'a d'effet qu'à dater de l'inscription que la femme elle-même pourra requérir.

Cette opinion du rapporteur du sénat est-elle exacte et devons-nous dire avec lui que l'hypothèque a sa source dans la convention?

Cette question est fort controversée dans la doctrine belge.

Dans une première opinion, l'hypothèque de la femme n'est légale que lorsqu'elle est inscrite pendant le mariage.

Quant à celle qui est inscrite en vertu du contrat de mariage, elle est conventionnelle. Selon les auteurs qui soutiennent cette thèse, il est bien vrai de dire que la femme a une hypothèque légale, mais cela ne l'empêche pas d'avoir une hypothèque conventionnelle; elle n'a la première qu'au cas où elle n'a pas l'autre, ou au cas où celle-ci est devenue insuffisante; il n'y a là aucune contradiction : l'hypothèque légale remplace ou complète l'hypothèque conventionnelle.

Pour prouver la vérité de leur assertion, ces auteurs tout d'abord tirent argument du texte même de la loi. Le deuxième paragraphe de l'article 64 est en effet ainsi conçu : « Elle [la femme] pourra également stipuler dans son contrat de mariage une hypothèque spéciale... ». Si donc la femme peut stipuler une hypothèque, c'est que cette hypothèque est conventionnelle.

Ils font ensuite remarquer que les hypothèques légales, pour être valables, n'ont pas besoin du consentement du débiteur; l'hypothèque légale a son origine et sa source dans la loi elle-même qui la crée. Or, dans l'hypothèque que la femme stipule dans son contrat de mariage, on ne rencontre pas ce caractère; pour que celle-ci acquière toute son énergie, il faut que le futur mari donne son consentement et soit d'accord avec la femme sur le montant des créances qu'elle garantira et sur la désignation des immeubles qu'elle grèvera. Cette hypothèque présente donc tous les caractères d'une hypothèque conventionnelle.

Enfin, ces mêmes auteurs font intervenir les travaux préparatoires en faveur de l'opinion qu'ils professent. Nous avons dit plus haut que M. d'Anethan estimait que l'hypothèque qui résultait pour la femme de son contrat de mariage était conventionnelle. De plus, dans son rapport, il disait : « Les articles 66 et 67 permettent à la femme de requérir

une inscription hypothécaire après la célébration du mariage pour toutes causes légitimes de recours quelconques. Cette faculté constitue véritablement le droit d'hypothèque légale, puisque le consentement du propriétaire de l'immeuble n'est pas exigé pour la constituer ». De plus, le ministre de la justice, dans la séance du 5 février 1851, affirmait que l'hypothèque, d'après le projet, était à la fois légale et conventionnelle. Enfin la commission qui a rédigé le projet de loi disait que le contrat de mariage, étant un acte longuement médité, la femme traitant sous l'inspiration de ses parents, de ses proches, peut y stipuler les garanties que réclament ses intérêts présents ou éventuels; qu'ainsi le législateur hollandais avait complètement supprimé l'hypothèque légale des femmes mariées, mais qu'elle n'avait pas voulu aller aussi loin; qu'elle avait supposé, qu'au reste, les futurs époux ou leurs parents stipuleraient les garanties nécessaires, mais que si aucune hypothèque n'avait été stipulée ou que si elle devenait insuffisante, il fallait offrir à la femme un moyen de sauvegarder ses droits, c'est-à-dire lui permettre de prendre des inscriptions pendant le mariage avec l'autorisation du président du tribunal, c'est-à-dire de recourir à l'hypothèque légale. On voit par là que les auteurs de la loi ont bien pensé que l'hypothèque que la femme stipule dans son contrat de mariage est conventionnelle et qu'il n'y a de légale que celle à laquelle elle a recours en cas d'insuffisance ou à défaut de la première garantie.

Cette théorie, qu'enseignent la plupart des auteurs, est battue en brèche par Laurent, qui déclare estimer que l'hypothèque de la femme, qu'elle la stipule dans son contrat de mariage ou qu'elle l'inscrive au cours du mariage, est toujours légale. Pour cet auteur, c'est la spécialisation de l'hypothèque et non l'hypothèque elle-même qui est convention-

nelle, quand elle a lieu dans le contrat de mariage; tandis que lorsqu'elle est faite pendant le mariage, elle a lieu sans le consentement des débiteurs. En effet, l'article 44 de la loi hypothécaire dit que l'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi et que l'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats; or l'article 47, qui énumère les créanciers qui ont une hypothèque légale, s'exprime ainsi : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont ceux des femmes mariées sur les biens de leur mari... ». Du rapprochement de ces deux textes on est bien obligé de conclure que l'hypothèque de la femme mariée est légale et comme telle résulte de la loi et non de la convention. Sans doute la loi hypothécaire, dans son article 64-2°, dit bien que la femme pourra stipuler une hypothèque, mais on n'en doit pas moins penser que le législateur, après avoir proclamé dans l'article 47 que l'hypothèque de la femme est légale, n'a pas eu l'idée, dans l'article 64, de revenir sur sa décision première et de rendre l'hypothèque conventionnelle en règle générale, et légale de façon exceptionnelle, en cas de défaut ou d'insuffisance d'hypothèque stipulée dans le contrat de mariage. Il est bien certain qu'une telle contradiction ne peut pas se rencontrer, ce n'est pas dans les articles 64, 66 et 67 qu'il faut chercher la solution du problème posé; ces articles sont, en effet, purement réglementaires et n'ont pour but que de régler le mode de spécialisation de l'hypothèque et de déterminer par quelles personnes elle sera inscrite; ils ne doivent donc pas être introduits dans le débat pour déterminer quelle est la nature de l'hypothèque de la femme; on doit s'en tenir à l'article 47, qui déclare que cette hypothèque est légale.

Cette hypothèque légale ne peut certainement pas devenir

conventionnelle par sa spécialisation dans le contrat de mariage : l'article 47 ne fait dépendre son existence d'aucune formalité extérieure, la spécialisation n'est que le moyen de donner efficacité à un droit déjà existant. Or, d'après l'article 44, l'hypothèque conventionnelle est celle qui tire son origine de l'accomplissement de certaines formalités. De plus, si l'hypothèque était conventionnelle, il ne serait pas permis à l'une des parties d'en changer l'assiette sans le consentement de l'autre ; or la femme n'est pas liée par la spécialisation conventionnelle et peut, malgré l'existence de cette spécialisation, requérir de nouvelles inscriptions, et si elle peut le faire, ce n'est certes pas en vertu de son contrat de mariage, car elle modifie les clauses de ce contrat en le faisant ; ce ne peut donc être qu'en vertu du droit que la loi lui confère : d'où il faut conclure que l'hypothèque est légale.

Il est bien évident que l'article 64-2°, en disant que la femme pourra stipuler une hypothèque, donne un aspect de vraisemblance à la théorie qui admet que l'hypothèque spécialisée dans le contrat de mariage est conventionnelle. Mais pour se rendre exactement compte de la portée de cette expression, il ne faut pas l'isoler des dispositions qui l'entourent ; il faut, au contraire, l'expliquer par ces dernières : en étudiant la rédaction des deux articles 64 et 66, on arrivera facilement à se convaincre que le mot stipuler est inexact et est employé comme synonyme de « spécialiser ». L'article 64-1° dit, en effet, que la femme a une hypothèque spéciale sur les biens désignés par le contrat de mariage pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales. La loi ne dit donc pas qu'il faut stipuler l'hypothèque, elle dit simplement qu'elle l'a, et si elle l'a, ce ne peut être qu'en vertu de la loi. L'article 64-1° n'impose donc pas la stipulation de son hypothèque à la femme, mais simplement sa spécialisation ; or le

paragraphe second du même article dit que la femme peut *également* stipuler une hypothèque... il est donc évident que l'article, dans son paragraphe second, entend conférer à la femme un droit de même nature que celui qu'elle lui accorde dans son paragraphe premier ; d'où on doit conclure que la loi emploie indifféremment le mot « spécialisation » et le mot « stipulation » ; et cette conclusion se trouvera fortifiée par cette remarque que l'article 66, qui se réfère à l'article 64-1° qui ne parle que de spécialisation, dit : « A défaut de stipulation... ».

Telle est la controverse qui divise les jurisconsultes belges, controverse qui en réalité n'a pas grande importance ; car quelle que soit l'opinion à laquelle on se range, il ne s'en suivra aucune différence au point de vue de la réglementation de l'hypothèque, toutes les hypothèques conventionnelles ou légales devant être également publiques et spéciales.

SECTION II

DES CRÉANCES GARANTIES PAR L'HYPOTHÈQUE STIPULÉE DANS LE CONTRAT DE MARIAGE

L'article 64 dit que la femme aura une hypothèque spéciale sur les biens qui sont affectés par le contrat de mariage, pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales et qu'elle pourra également stipuler, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour garantie des reprises de toute nature, même conditionnelles ou éventuelles, qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari.

L'hypothèque que la femme spécialise dans son contrat de mariage peut donc avoir trois chefs : la dot, les conventions matrimoniales et les reprises.

Qu'entend-on par ces trois expressions ?

1° *Dot.* — L'article 1540 nous dit : « La dot, sous ce régime comme sous celui du chapitre II, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage ». Ainsi donc le code civil, par les expressions qu'il emploie, entend donner une définition de la dot sous tous les régimes ; cet article 1540 se trouve en effet au début du régime dotal, et ne semblerait définir la dot que dans ce régime, s'il n'avait soin de nous dire que la définition s'applique à tous les régimes.

Toutefois, il est essentiel de remarquer immédiatement que la dot couverte par l'hypothèque légale ne consiste pas dans toutes les valeurs destinées par la femme à l'entretien de la famille. En effet, l'hypothèque n'est qu'une garantie accessoire d'une obligation principale ; il faut donc, pour que la femme ait une hypothèque du chef de sa dot, que de cette dot naisse, au profit de la femme, une créance contre son mari. La condition nécessaire de l'hypothèque est que la femme ait un droit de recours contre son mari à raison de son apport.

Aussi, sous le régime de la communauté légale la femme n'aura aucune hypothèque pour sa dot mobilière. La fortune mobilière, en effet, tombe dans la communauté, et elle n'a de ce chef aucune action, aucun droit de recours contre son mari. A la dissolution de la communauté, elle peut simplement prendre l'un des deux partis suivants : l'accepter ou y renoncer. Si elle renonce, elle perd tout droit sur le mobilier qu'elle a apporté. Si elle accepte, au contraire, elle partage l'actif mobilier dans l'état où son mari l'a laissé. Quant à la dot immobilière, la femme commune en biens pourra stipuler une hypothèque, car c'est le mari qui administre cette dot et est responsable de son administration, bien que cette dot reste la propriété de la femme.

Quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté conventionnelle, la femme n'a d'hypothèque pour sa dot mobilière que si elle a, du chef de cette dot, une action contre son mari : il en est ainsi dans la communauté réduite aux acquêts et dans tous les cas où elle a stipulé la reprise de son mobilier dotal en tout ou en partie. Quant à sa dot immobilière, il faut appliquer le même principe et dire qu'elle n'a d'hypothèque légale que si elle a, à raison des immeubles dotaux, un recours contre son mari : si donc elle a ameubli tout ou partie de ses immeubles, ces immeubles tomberont en communauté, elle n'aura donc aucun recours contre son mari de leur chef et par suite pas d'hypothèque.

Sous le régime exclusif de la communauté, la femme a une hypothèque légale pour garantie de sa dot mobilière et immobilière ; sous ce régime, en effet, tous les meubles et immeubles de la femme restent sa propriété, le mari n'en a que la jouissance et l'administration et il en doit la restitution à la dissolution du mariage.

Dans le régime de la séparation de biens la femme conserve l'administration et la jouissance de tous ses biens meubles et immeubles, mais elle doit contribuer aux charges du ménage dans une proportion fixée par le contrat de mariage ou par la loi. Cette contribution appartient au mari en toute propriété et ne peut donner lieu à aucun recours contre lui, il n'y a donc pas d'hypothèque légale. Sous ce régime la femme n'aura d'hypothèque que si elle confère à son mari l'administration de ses biens.

Sous le régime dotal, il faut appliquer aux biens paraphernaux de la femme ce que nous venons de dire des biens de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens. Quant aux biens dotaux, le mari en a l'administration et la jouissance, à charge de les restituer à la dissolution du

mariage ; il est responsable des fautes commises pendant sa gestion et ces deux causes de recours de la femme seront garanties par l'hypothèque légale.

2° *Conventions matrimoniales.* — La femme peut stipuler dans son contrat de mariage une hypothèque spéciale pour garantie de ses conventions matrimoniales, c'est-à-dire pour assurer l'exécution de toutes les conventions qui ont été expressément prévues dans le contrat de mariage. Toutefois toutes ces conventions ne donneront pas lieu à hypothèque : comme pour la dot, il faudra que de ces conventions naisse un droit de créance contre le mari pour que l'hypothèque intervienne. Mais si c'est sur la masse à partager entre le mari et la femme et non contre le mari lui-même que la femme doit exercer son droit, ce droit ne peut pas être garanti par l'hypothèque légale ; ainsi le préciput qui en général se prélève sur la masse partageable ne donne pas naissance à l'hypothèque de la femme, il n'en sera autrement que si le contrat de mariage donne droit au préciput, même en cas de renonciation à la communauté ; dans ce cas la femme a un recours contre son mari et partant une hypothèque.

L'hypothèque légale garantit les gains de survie consentis par le mari dans le contrat de mariage en faveur de la femme, pourvu que ces avantages dessaisissent actuellement le donateur, tout en ajournant à son décès le paiement ou la délivrance, car ces stipulations créent au profit de la femme une créance immédiatement certaine. Mais certains auteurs prétendent qu'il n'en est pas de même des stipulations qui ont le caractère d'une simple donation éventuelle laissant au mari la faculté de disposer de ses biens à titre onéreux, car alors ces stipulations constituent bien un legs irrévocable en ce

sens que le mari ne peut y préjudicier par des dispositions à titre gratuit, mais révocable en ce sens que le mari peut l'anéantir par des dispositions à titre onéreux; dès lors la femme n'est plus qu'une héritière de son mari et non pas une créancière, elle ne peut donc pas avoir d'hypothèque. Nous ne pouvons pas partager cet avis : si en effet la donation consiste en un don en propriété ou en usufruit et si le mari aliène ces biens à titre gratuit, la femme a contre les tiers acquéreurs une action en nullité, mais cela ne l'empêchera pas d'avoir contre son mari une créance en indemnité qui doit être garantie par l'hypothèque; si la donation a pour objet une somme à prendre dans la succession du mari, la femme a encore une créance en indemnité contre son mari, si ce dernier dispose abusivement à titre gratuit des valeurs comprises dans l'institution.

3° Reprises. — Selon le paragraphe second de l'article 64, la femme peut stipuler, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour garantie des reprises de toute nature, même conditionnelles ou éventuelles, qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari.

Que faut-il donc entendre par reprises?

Au sens strict du mot, les reprises sont les prélèvements que les époux opèrent avant le partage de la communauté, et d'après l'article 1470 chaque époux prélève : 1° ses biens personnels qui ne sont pas entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi; 2° le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté et dont il n'a point été fait remploi; 3° les indemnités qui lui sont dues par la communauté. Or d'après l'article 1472-2° la femme exerce ses reprises sur les biens personnels du mari en cas d'insuffisance de la communauté, d'où la

nécessité de l'hypothèque légale de la femme pour ses reprises. Ces reprises supposent donc des conventions matrimoniales en vertu desquelles la femme exerce des prélèvements à la dissolution de la communauté. On peut donc s'étonner que des reprises qui sont des droits contractuels soient mentionnées dans une disposition spéciale, alors qu'elles rentrent dans le cadre de l'alinéa précédent qui parle de la spécialisation de l'hypothèque qui a sa source dans les conventions matrimoniales; la raison en est que sous l'empire du code la question de savoir si la femme avait une hypothèque, à raison des reprises conditionnelles et éventuelles, stipulée dans le contrat de mariage était controversée; les auteurs de la loi de 1851 ont donc voulu, en écrivant l'alinéa second de l'article 64, trancher ce différend, et c'était là, dans leur esprit son seul but; ce qui nous prouve la vérité de ce que nous avançons, c'est que le projet de loi, dans l'article 66, disait que, à défaut de spécialisation d'hypothèque dans le contrat de mariage ou en cas d'insuffisance des garanties primitivement déterminées, la femme pourrait demander un supplément d'hypothèque pour sûreté de sa dot, des conventions matrimoniales et des reprises. Or, par suite d'un amendement du ministre de la justice, le mot reprises disparut de l'article 66, mais il eut soin de déclarer qu'il n'y avait là qu'un changement de rédaction et non pas un changement touchant au fond, et pour qu'il en soit ainsi nous sommes bien obligés de conclure que le mot « reprises » est contenu dans les conventions matrimoniales.

Quand donc rencontrons-nous des reprises éventuelles ou conditionnelles?

Nous en trouvons un exemple tout d'abord quand la femme stipule qu'en cas de renonciation à la communauté elle reprendra tout ou partie de ce qu'elle y a apporté; la reprise

est donc subordonnée à la condition de la renonciation. Nous en trouvons un autre exemple dans le préciput; la reprise est en général subordonnée à la condition de survie du précipitaire; ce droit, de plus, est éventuel puisqu'il ne s'exerce que sur les biens de la communauté et ne donne d'action à la femme contre son mari et par suite d'hypothèque, que s'il est stipulé même pour le cas où la femme renoncerait à la communauté. Nous avons encore un cas de reprise conditionnelle et éventuelle, quand les époux stipulent que la totalité de la communauté appartiendra au survivant; dans ce cas, l'autre époux ou ses héritiers ont droit de reprendre les apports et les capitaux tombés dans la communauté de son chef; à l'égard de la femme, sa reprise est donc subordonnée à la condition de survie de son mari et elle est éventuelle en ce qui concerne les biens qui écherront à celle-ci durant la communauté.

Les reprises sont donc, en réalité, des droits rentrant dans la catégorie des conventions matrimoniales. Toutefois la grande majorité des auteurs belges ne s'en tient pas à cette explication et donne au mot reprises de l'alinéa 2 de l'article 64, un champ d'application beaucoup plus vaste. Ces auteurs entendent par là tous les droits et créances de la femme contre son mari, autres que ceux dérivant de l'obligation de conserver la dot et d'exécuter les conventions matrimoniales, tels que ceux qui résulteront d'obligations par elle souscrites, d'aliénation de ses propres, de donations qu'elle recevrait ou de successions auxquelles elle pourrait être appelée au cours du mariage. La nouvelle loi donnerait donc à l'hypothèque garantissant ces créances un rang supérieur à celui que lui assignait le code civil; elle pourrait remonter au jour du contrat de mariage, tandis que sous le code, elle ne prenait date que du jour de la réalisation de ces

événements. On prétend justifier cette interprétation extensive des reprises par les expressions mêmes qu'emploie la loi qui autorise la femme à stipuler dans son contrat de mariage une hypothèque pour ses reprises de toute nature.

Nous ne pouvons cependant pas nous rallier à cette opinion. Pour le faire, nous serions obligé d'admettre que la loi nouvelle a empiré la situation du mari, en donnant à l'hypothèque garantissant les droits qui naîtront au cours du mariage un rang meilleur que ne le faisait le code civil; or la commission extraparlamentaire nous dit qu'elle n'a pas voulu donner à la femme plus de droits qu'elle n'en avait auparavant, mais qu'elle s'est proposé de tenir le milieu entre le code civil, qui donnait trop, et le code hollandais, qui donne trop peu.

De plus, nous devons remarquer que, chaque fois que le législateur fait allusion aux droits et créances qui naissent au cours du mariage, il s'abstient de se servir du mot « reprises »; ainsi dans l'article 47 où il formule le principe de l'hypothèque légale de la femme mariée, il emploie les termes généraux « droits et créances » et dans l'article 67 où il autorise la femme à prendre inscription pour les droits qui naissent au cours du mariage, il se sert de l'expression « pour toutes causes de recours ».

Remarquons, en outre, qu'avec cette explication la loi contiendrait une anomalie étrange : on admet que la femme ne peut demander un supplément de garanties pour les droits qui lui adviennent au cours du mariage qu'après leur naissance et, chose bizarre, on voudrait que la femme eût une hypothèque bien avant la naissance de ces droits pourvu qu'elle fût stipulée dans le contrat de mariage.

Faisons observer enfin que cette théorie se heurte à une impossibilité de fait : celle de connaître la valeur des droits

adventifs de la femme et, par conséquent, celle de procéder à une spécialisation dans le contrat de mariage.

Ainsi donc, à notre avis, la femme ne pourra spécialiser son hypothèque par contrat de mariage que pour la conservation de sa dot et l'exécution des conventions matrimoniales, même si elles sont conditionnelles ou éventuelles.

SECTION III

SPÉCIALISATION DE L'HYPOTHÈQUE STIPULÉE DANS LE CONTRAT DE MARIAGE

La femme mariée a une hypothèque qui est tout ensemble générale et spéciale : elle est générale quant à son titre, mais spéciale quant à son inscription. L'article 47 nous dit en effet que l'hypothèque de la femme porte sur tous les biens du mari, ce qui comprend aussi bien les biens présents que les biens à venir. Seulement la loi exige, pour que cette hypothèque devienne efficace, qu'elle soit inscrite et spécialisée; aussi, à l'égard de l'hypothèque dont la femme requiert l'inscription en vertu de son contrat de mariage, la loi exige que ce dernier acte énumère les immeubles du mari qui en seront grevés; l'article 66 nous dit en effet : « La femme aura une hypothèque spéciale sur les biens qui sont affectés par le contrat de mariage... » ; et l'article 65 ajoute : « Le contrat désignera les immeubles grevés de l'hypothèque... » Nous devons donc conclure de ces dispositions que le mari ne peut grever dans le contrat de mariage que les biens qui lui appartiennent au moment de la signature de ce contrat. Au cours de la discussion on avait cependant proposé d'accorder au mari la faculté de demander que l'inscription fût prise sur

les biens à venir ⁽¹⁾, mais c'était revenir au système du code civil ; pour que l'hypothèque légale de la femme soit publique il faut que l'inscription apprenne aux tiers quels sont les biens du mari qui en sont grevés et quels sont ceux qui sont libres. De même le mari pourra consentir hypothèque sur des biens sur lesquels il n'a qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble, ou sujet à rescision, mais alors il faut appliquer l'article 74, qui est écrit pour les hypothèques conventionnelles, et décider qu'en vertu de cet article la femme n'aura dans ce cas qu'une hypothèque sujette aux mêmes conditions que le droit de propriété du mari : il y a cependant deux exceptions à cette règle ; ce sont celles prévues par l'article 952 qui prévoit le cas où l'hypothèque légale greève un bien du mari soumis à un droit de retour, et par l'article 1054 qui se réfère au cas où cette hypothèque affecte un bien du mari grevé de substitution. Dans les deux hypothèses, le droit du mari est soumis à une condition résolutoire, mais la femme n'en conservera pas moins son hypothèque, 1° dans le cas du retour, si la donation sujette à retour a été faite par le contrat de mariage d'où dérive l'hypothèque et si les autres biens de l'époux donataire sont insuffisants pour garantir la femme, et 2° dans le cas de substitution, si les biens libres du mari sont insuffisants à garantir à la femme la conservation du capital des biens dotaux et si le testateur l'a expressément ordonné.

(1) Lors de la discussion de l'article 64, M. de Lacoste demanda s'il était permis par le contrat de mariage de stipuler une hypothèque sur des biens que l'on ne possède pas encore. Le ministre de la justice répondit que non, et le rapporteur de la commission ajouta que « ce système renverserait toute l'économie de la loi en discussion, qui n'a vu d'autre moyen d'établir la spécialité, base essentielle d'un bon régime hypothécaire, que d'exiger que l'hypothèque soit assise sur des biens présents appartenant au débiteur, l'hypothèque sur des biens futurs présentant du reste de notables inconvénients ».

Il ne suffit pas que le contrat de mariage indique quels immeubles du mari seront grevés de l'hypothèque, il faut encore qu'il détermine la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'inscription pourra être prise et en vertu de quelles créances. L'article 65 dit : « Le contrat désignera... l'objet de la garantie et la somme à concurrence de laquelle l'inscription pourra être prise ». Ainsi, ici encore, au point de vue des créances garanties, l'hypothèque légale est générale quant à son titre, puisque l'article 47 l'accorde à la femme pour garantie de ses droits et créances sans faire de distinction, mais elle doit être spécialisée par l'inscription.

Remarquons que le système élaboré par la loi belge est loin d'être très protecteur des intérêts de la femme; elle laisse à la femme le soin de stipuler elle-même son hypothèque, sans qu'elle fasse ni une obligation ni même un devoir au notaire rédacteur du contrat de mariage de lui faire remarquer de quelle nécessité est pour elle la double spécialisation de son hypothèque dans le contrat réglant les conventions matrimoniales. Elle laisse aux parents qui assistent la femme dans ce contrat le soin de l'éclairer à ce sujet et ce sera peut-être une garantie suffisante, mais qui n'en est pas moins très aléatoire. Il est vrai que la loi obvie à ce danger en permettant à la femme de requérir inscription pour les droits qui existent lors du mariage au cours de ce mariage, mais cette solution présentera toujours le très grand désavantage de procurer à la femme un rang inférieur à celui que lui procurerait la spécialisation par le contrat de mariage.

SECTION IV

PUBLICITÉ DE L'HYPOTHÈQUE STIPULÉE DANS LE CONTRAT DE MARIAGE

La loi soumet l'hypothèque légale de la femme à la publicité comme toutes les autres hypothèques; l'article 81 nous dit en effet « qu'entre les créanciers l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur » et cet article ne fait aucune distinction entre les créanciers. La femme devra donc faire inscrire son hypothèque, et cette hypothèque qu'elle aura spécialisée dans son contrat de mariage prendra date du jour de cette inscription. Si cette inscription est prise avant le mariage, il en résultera que la femme aura un droit à raison d'un fait qui n'existe pas encore et qui peut-être n'existera jamais, et la loi belge contient ici une lacune, car elle n'organise aucune procédure spéciale pour la radiation de l'hypothèque si le mariage n'a pas lieu.

Qui doit prendre au nom de la femme inscription de son hypothèque spécialisée dans son contrat de mariage?

L'article 64-3° dit : « Ces hypothèques (celles spécialisées dans le contrat de mariage) seront inscrites par le mari avant la célébration du mariage, et auront leur effet à dater de l'inscription ». C'est donc le mari qui doit requérir l'inscription et cela avant la célébration du mariage. Toutefois, malgré les expressions qu'emploie le texte, il faut ajouter qu'il peut procéder à cette formalité après le mariage. En effet, les projets du gouvernement et de la commission de la chambre disaient : « Ces hypothèques auront leur effet à dater de l'inscription, lors même qu'elles auront été prises à une époque antérieure au mariage »; il résultait de cette rédaction que l'inscription pouvait être requise avant ou

après le mariage. C'est le ministre de la justice qui proposa la rédaction telle qu'elle a passé dans la loi en omettant de dire pour quelle raison il sollicitait ce changement; il est donc certain que la pensée du législateur est restée la même qu'auparavant. Le mari pourra faire inscrire l'hypothèque de sa femme même après le mariage, mais alors cette hypothèque aura un rang inférieur, car ce rang dépend de l'inscription.

La loi belge ici encore n'est pas très protectrice des intérêts de la femme; en effet, elle n'édicte aucune sanction contre son mari qui a omis de remplir la formalité qui lui est imposée par la loi, et il est dès lors certain que le mari qui ne craindra rien n'ira pas faire inscrire un droit d'hypothèque qui lui causera préjudice. Il est bien vrai que l'article 64-4° ajoute que l'inscription pourra aussi être requise par la femme; mais cette décision ne constituera, dans la plupart des cas, qu'une protection illusoire; au moment du mariage, en effet, la confiance règne, on ne songe guère à demander des garanties, on ne se figure pas en avoir jamais besoin, mais, comme le disait le rapporteur de la commission du sénat, « cet inconvénient possible ne peut pas balancer les avantages du nouveau système ». Telle est bien la pensée du législateur belge, il a voulu assurer la sécurité des tiers et il l'a fait en leur sacrifiant les intérêts des femmes.

La loi impose donc au seul mari l'obligation de prendre inscription, mais n'y a-t-il pas des personnes auxquelles elle laisse la faculté de le faire? Les articles 69 et 70 accordent ce droit aux parents et alliés des époux jusqu'au troisième degré inclusivement, au juge paix et au procureur du roi. Mais ces articles semblent ne prévoir que l'inscription de l'hypothèque née pendant le mariage et on se demande s'ils peuvent s'appliquer à l'inscription de l'hypothèque spécialisée dans le

contrat de mariage. C'est un point controversé et dont nous réservons l'étude pour plus tard, quand nous nous occuperons de la publicité de l'hypothèque non stipulée dans le contrat de mariage.

Remarquons que la femme sera encore bien moins protégée si nous devons admettre que ces personnes ne peuvent pas requérir l'inscription de son hypothèque spécialisée dans le contrat de mariage : elle sera donc, sous ce rapport, à la discrétion de son mari et les parents ne pourront que surveiller l'accomplissement des obligations de ce dernier, sans toutefois avoir les moyens de l'y contraindre.

CHAPITRE III

DE L'HYPOTHÈQUE NON STIPULÉE DANS LE CONTRAT DE MARIAGE

SECTION PREMIÈRE

FONDEMENT DE CETTE HYPOTHÈQUE

On peut avoir été imprudent à l'époque du mariage, soit en s'abstenant de prévoir la nécessité de prendre inscription au profit de la femme, soit en se contentant de garanties démontrées bientôt insuffisantes ; il peut se faire aussi qu'à l'époque du mariage la fortune de la femme n'ait pas été appréciée à sa juste valeur, que pendant le mariage seulement des immeubles soient échus au mari ou aient été acquis par lui. Dans ces diverses circonstances, on peut regretter de n'avoir pas cherché à garantir avec efficacité les droits de la femme ; elle-même peut désirer faire un retour sur une confiance accordée trop légèrement à son époux ; la loi, dans

l'article 66, lui permet de recourir à des précautions devenues utiles.

Cette latitude a été justifiée par la commission spéciale : « Mais si aucune hypothèque n'a été stipulée, ou bien si les garanties prévues par le contrat sont insuffisantes, la commission a pensé qu'il fallait encore offrir à la femme un moyen de sauvegarder ses droits. Autoriser dans ce cas la femme à mettre sa fortune à l'abri des dilapidations d'un mari devenu dissipateur, ce sera peut-être le moyen de prévenir des haines implacables entre les époux, ce sera au moins celui d'assurer l'avenir des enfants, fruit de leur union. Aussi la commission propose de décréter qu'à défaut de stipulation, ou en cas d'insuffisance des sûretés stipulées, la femme pourra pendant le mariage, et en vertu de l'autorisation du président du tribunal du domicile marital, requérir des inscriptions hypothécaires spéciales, à concurrence d'une somme déterminée, sur les immeubles de son mari, pour sûreté de ses droits ».

Pendant le mariage, la femme peut en outre être contrainte, en quelque sorte, de compromettre sa fortune pour venir en aide à son mari, elle aura dans ce cas un recours contre son mari, recours qu'il faut garantir par l'hypothèque légale et c'est ce qui faisait dire à la commission spéciale : « Pendant le mariage la femme peut s'obliger avec son mari, ses propres peuvent être aliénés, ce sont là des événements donnant lieu à indemnité, et qui cependant ne sont que rarement prévus lorsqu'on arrête les conventions anténuptiales. La commission pense donc qu'il importe que la femme puisse toujours, dans cette hypothèse, requérir des inscriptions spéciales, pour une somme déterminée, sur les immeubles du mari, sauf, bien entendu, le recours de celui-ci, s'il se croit lésé ». Mais la commission de la chambre des représentants est allée

plus loin : d'après le projet du gouvernement, la femme ne pouvait requérir inscription pour la garantie de droits nés au cours du mariage que pour l'indemnité des dettes contractées avec le mari et le emploi de ses propres ; or il est évident qu'il existe d'autres causes de recours de la femme contre son mari ; ainsi si la femme s'est réservé comme propres les objets mobiliers qui pourront lui échoir pendant le mariage à titre de donation ou de succession, elle doit avoir hypothèque légale pour la restitution des deniers de cette origine touchés par le mari : aussi le législateur belge a décidé que la femme pourrait requérir inscription pour toutes causes légitimes de recours qu'elle peut avoir contre son époux, sauf toutefois le droit de celui-ci de demander la radiation de l'inscription, s'il la prétend non fondée et de conclure à la réduction s'il la croit prise pour une valeur exagérée.

SECTION II

QUAND LA FEMME PEUT-ELLE REQUÉRIR INSCRIPTION PENDANT LE MARIAGE ?

A notre avis, l'article 66 est le complément de l'article 64 : en vertu de cet article, la femme peut requérir inscription pour garantie des droits résultant de son contrat de mariage, en vue desquels, ou l'hypothèque n'a pas été spécialisée, ou l'hypothèque spéciale est insuffisante. L'article 67, au contraire, s'occupe des cas où des droits nouveaux sont nés pendant le mariage au profit de la femme, droits nouveaux dont il s'agit de garantir la conservation. Cette opinion n'est pas partagée par tous les auteurs, elle n'est pas admise par ceux d'entre eux qui sont d'avis que l'article 64-2° permet à la femme de spécialiser dans son contrat de mariage l'hypothèque qu'elle aura à raison de ses droits adventifs ; pour

eux, l'article 66 est alors le complément de l'article 64-1° et l'article 67 celui de l'article 64-2°. Nous avons dit plus haut pour quelles raisons nous n'avons pu admettre cette théorie qui conduit à une anomalie bizarre : l'article 67, en effet, dit que la femme peut requérir inscription pour toutes causes de recours qu'elle *peut* avoir contre son mari ; elle ne dit pas « qu'elle pourra », il faut donc en conclure que pour l'inscription au cours du mariage pour la conservation de droits nouveaux, la femme ne peut la requérir qu'après la naissance de ces droits, et on voudrait qu'elle pût le faire bien avant cette naissance si elle a le soin de spécialiser son hypothèque dans son contrat de mariage. Ce serait absurde !

En conséquence, la femme ne pourra, pour la conservation de ses droits adventifs, requérir inscription qu'après la naissance de ces droits.

Quant aux droits qui résultent pour la femme de son contrat de mariage et pour lesquels ce contrat n'a pas stipulé d'hypothèque ou n'en a stipulé qu'une insuffisante, elle pourra requérir inscription au cours du mariage quand bon lui semblera.

SECTION III

LA FEMME PEUT-ELLE RENONCER A SON DROIT DE REQUÉRIR INSCRIPTION PENDANT LE MARIAGE ?

Il est certain que la femme n'a pas cette faculté de renoncer à son droit de requérir inscription pendant le mariage pour la conservation des droits qui naissent à son profit au cours du mariage : l'article 67 dit, en effet, que la femme pourra toujours, « nonobstant convention contraire », requérir inscription pour toutes causes de recours qu'elle peut avoir contre son mari. Mais la question est controversée

quand il s'agit de l'inscription de l'hypothèque pour garantie des droits résultant du contrat de mariage. Certains auteurs admettent que, dans ce cas, la femme peut renoncer et ils prétendent trouver la preuve de ce qu'ils avancent dans ce fait que l'article 2140 du code civil, qui défendait de stipuler qu'il ne serait pris aucune inscription au profit de la femme, n'a pas été reproduit dans la loi belge; ils en concluent qu'il se trouve par cela même abrogé, puisque le nouveau système remplace le régime hypothécaire du code. Ils ajoutent que l'esprit de la nouvelle loi est tout différent de celui du code civil; selon eux, la loi belge suppose la femme encore libre au moment du contrat de mariage et entourée de ses parents et de ses conseils, tandis que dans le code la femme est censée avoir besoin, à ce moment même, de la protection de la loi, ce qui fait que, sous cette législation, la dot et les conventions matrimoniales se trouvent garanties même malgré la volonté contraire de la femme; la loi belge aurait donc rendu la femme pleinement capable lors de son contrat de mariage et, par suite, elle pourrait renoncer à l'hypothèque garantissant les droits qui résultent de ce contrat; au contraire, la femme ne pourrait pas renoncer à l'hypothèque garantissant ses droits adventifs, car ces droits naissent à un moment où la femme est sous la complète dépendance de son mari.

Nous ne pouvons pas admettre cette théorie; malgré le silence de la loi sur ce point, nous devons dire que la femme ne peut pas renoncer à la faculté de prendre inscription, même pour les droits qui résultent de son contrat de mariage; en effet, les articles 69 et 70 autorisent les parents et alliés de la femme ainsi que le juge de paix et le procureur du roi à requérir inscription pendant le mariage, et on ne voit pas bien alors à quoi servirait la renonciation de la femme, puis-

qu'il lui serait toujours loisible de la rendre inefficace en faisant requérir l'inscription par l'un de ses parents.

SECTION IV

DES CRÉANCES GARANTIES PAR L'HYPOTHÈQUE LÉGALE NON STIPULÉE DANS LE CONTRAT DE MARIAGE

L'article 66 dit : « A défaut de stipulation d'hypothèque, ou en cas d'insuffisance des garanties déterminées par le contrat, la femme pourra, pendant le mariage, en vertu de l'autorisation du président du tribunal de son domicile et à concurrence de la somme qui sera fixée par lui, requérir des inscriptions hypothécaires sur les immeubles de son mari, pour sûreté des droits énumérés au paragraphe 1^{er} de l'article 64 ». La femme peut donc, au cours du mariage, demander des garanties pour les droits dont elle a omis de stipuler la protection dans son contrat de mariage ou dont les sûretés sont devenues insuffisantes; elle pourra donc le faire pour la conservation de sa dot et l'exécution de ses conventions matrimoniales, dans lesquelles nous comprenons ce que l'article 64-2° appelle les reprises conditionnelles ou éventuelles. Comme nous l'avons dit plus haut, certains auteurs n'admettent pas que cet article 66 se réfère aux reprises de la femme, car ils donnent à ce mot « reprises » une signification que nous n'avons pas pu lui reconnaître. Pour eux, c'est l'article 67 qui prévoit ce cas en constituant le complément de l'article 64-2°. Cet article 67 est ainsi conçu : « La femme pourra toujours, nonobstant convention contraire mais en vertu de l'autorisation du président du tribunal de son domicile, requérir pendant le mariage des inscriptions

sur les immeubles de son époux pour toutes causes de recours qu'elle peut avoir contre lui, telles que celles qui résultent d'obligations par elle consenties, d'aliénations de ses propres, de donations ou de successions auxquelles elle aurait été appelée ».

La femme peut donc requérir inscription au cours du mariage pour toutes sortes de créances : la dot, les conventions matrimoniales et toutes les causes de recours nées pendant le mariage à son profit et contre son mari.

1° *Dot*. — La femme pourra requérir inscription pour garantir sa dot si son contrat de mariage ne stipule qu'une garantie insuffisante ou n'en stipule aucune. D'ailleurs, nous n'avons plus à définir ici le mot « dot », sa portée reste la même que celle que nous lui avons reconnue en étudiant l'hypothèque de la femme spécialisée dans le contrat de mariage.

2° *Conventions matrimoniales*. — La condition d'exercice de la faculté accordée à la femme de requérir inscription pour ses conventions matrimoniales pendant le mariage est la même que pour la dot.

Comme nous l'avons dit, nous rangeons parmi ces créances les reprises de la femme de l'article 64-2°. De plus, l'article 66 ne se réfère pas seulement aux conventions matrimoniales expresses dont on peut stipuler la garantie dans le contrat de mariage, mais encore aux conventions matrimoniales tacites pour lesquelles la femme pourra exiger inscription pendant le mariage.

Quelles sont donc ces conventions matrimoniales tacites ?

Ce sont celles qui existent par le seul fait du mariage et qui sont pour la femme une source de droit de créance contre son mari.

Il en est ainsi pour le deuil de la femme, c'est une conven-

tion matrimoniale tacite pour laquelle, si elle n'a pas stipulé d'hypothèque dans son contrat de mariage ou n'en a stipulé qu'une insuffisante, elle pourra requérir inscription au cours du mariage; en effet l'article 1570 permet à la femme dotale d'exiger la fourniture des habits de deuil sur la succession du mari et l'article 1481 fait de même pour la femme commune en biens en disant que le deuil est aux frais des héritiers du mari et non de la communauté. Dans les deux cas, nous avons donc un droit de créance de la femme contre le mari, droit de créance que la femme n'a pas besoin de stipuler : il résulte d'une convention tacite que le législateur consacre, comme fondé sur la volonté des parties contractantes. Cette convention tacite est donc garantie par l'hypothèque légale.

D'après l'article 1750, la femme dotale peut exiger les intérêts de sa dot pendant l'an de deuil ou se faire fournir des aliments pendant le dit temps aux dépens de la succession du mari. Ce droit aux aliments dérive certainement d'une convention tacite : l'hypothèque légale doit donc le garantir. Cependant Troplong soulève des doutes au sujet de cette solution en disant que les aliments ne sont ni les intérêts, ni les fruits de la dot, mais une charge personnelle du mari qui en doit à la femme même s'il n'a pas reçu de dot : cela importe peu car la femme n'exerce pas une créance dotale, mais invoque une convention matrimoniale tacite.

De même on doit considérer comme convention matrimoniale tacite et comme tel garanti par l'hypothèque légale, le droit que confère à la femme commune l'article 1465 du code civil, en décidant que celle-ci a droit aux aliments pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer; ce qui prouve bien ce que nous avançons, c'est que la femme a ce droit, même si elle

renonce à la communauté ; c'est donc une créance qui s'exerce contre le mari et que la loi accorde à la femme comme une disposition expresse.

Il faut encore décider que l'action en responsabilité qu'a la femme commune contre son mari administrateur de ses biens est fondée sur une convention matrimoniale tacite, car c'est la loi elle-même qui confère l'administration au mari, la femme pourra donc requérir inscription au cours du mariage. Mais doit-on donner la même solution dans le cas où le mari devient administrateur des biens de la femme avec son autorisation ou malgré elle dans le régime de la séparation de biens ou dans le régime dotal pour les biens paraphernaux ? On pourrait croire que non, parce que si le mari est responsable, ce n'est pas en vertu des conventions matrimoniales expresses ou tacites, mais en vertu d'un mandat ou d'une immixtion illicite. Mais Laurent adopte la solution contraire, car à son avis, si la femme abandonne à son mari la gestion de ses intérêts, ce n'est pas par suite d'un mandat ordinaire, mais parce qu'il est naturel que le mari veille aux droits de sa femme ; d'autre part, si le mari gère malgré sa femme, il y a abus de la puissance maritale ; dans les deux cas, la gestion par le mari est donc une conséquence du mariage, par suite l'action en responsabilité doit être garantie par l'hypothèque légale.

3^e *Causes de recours nées pendant le mariage au profit de la femme contre son mari.* — Nous avons dit précédemment que le projet du gouvernement ne permettait à la femme de requérir inscription pour la conservation de droits nés au cours du mariage que pour l'indemnité des dettes contractées avec son mari et pour le emploi de ses propres aliénés. Ce fut devant la commission de la chambre des représentants que l'on donna à l'article 67 la généralité qu'il a aujourd'hui.

Cet article dit que la femme peut requérir inscription pour toutes causes de recours qu'elle peut avoir contre son mari, et après avoir de cette façon posé le principe général, il cite des exemples de recours en mentionnant celui qui résulte d'obligations consenties par la femme, d'aliénations de ses propres, de donations ou de successions auxquelles elle est appelée. Cette énumération n'a rien de limitatif; ainsi d'après un arrêt de la cour de cassation belge du 2 juillet 1891, le droit de la femme mariée aux aliments et à la provision *ad litem* pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps constitue une créance garantie par l'hypothèque légale; de même la femme a hypothèque pour les dépens de la demande en séparation de corps et de l'action en divorce et il en est ainsi pour les dépens que la femme a faits pour obtenir l'autorisation de justice, sur le refus non justifié du mari de l'autoriser et pour les frais de l'instance en séparation de biens.

Il faut remarquer qu'à l'occasion de ces droits, la femme ne peut requérir inscription qu'après leur naissance, mais elle peut le faire du jour ou de l'obligation ou de la vente de ses propres ou de l'ouverture de la succession, ou du jour où les donations ont leur effet; elle n'est pas obligée d'attendre d'avoir payé l'obligation qu'elle a consentie ou que le mari ait reçu le montant du prix de ses propres aliénés ou les valeurs héréditaires ou le montant de la donation.

SECTION V

DE LA SPÉCIALISATION DE L'HYPOTHÈQUE ACQUISE AU COURS DU MARIAGE

L'hypothèque légale conférée à la femme par les articles 66 et 67 porte sur tous les immeubles que le mari possède et garantit toutes les créances de la femme; toutefois, cette

hypothèque, générale et indéterminée dans son titre, devient spéciale et déterminée en pratique. L'hypothèque légale n'aura en effet d'efficacité que si elle est rendue publique par l'inscription, et l'article 68 dit : « Les inscriptions prises en vertu des articles 66 et 67 désigneront spécialement chaque immeuble et exprimeront les sommes pour lesquelles ces inscriptions seront requises ».

Qui donc est chargé par la loi de procéder à cette double spécialisation ?

Afin de prévenir le mari contre des inscriptions prises à la légère qui pourraient inutilement altérer son crédit, la loi a soumis les réclamations de la femme à un examen préalable du président du tribunal de son domicile. La commission du sénat avait proposé de substituer à l'autorisation du président celle du tribunal donnée en chambre du conseil en disant qu'on ne devait pas accorder au président seul un pouvoir qui, dans le code (art. 219 et autres), pour des cas analogues, est réservé au tribunal civil ; elle ajoutait, en outre, que la solution qu'elle présentait paraissait d'accord avec le principe de l'article 71 qui permet au mari de recourir au tribunal, mais le sénat ne suivit pas sa commission.

C'est donc le président du tribunal qui, dans le cas de l'article 66, examinera si l'hypothèque n'a pas été stipulée, ou bien si la garantie déterminée est insuffisante pour couvrir la dot et les conventions matrimoniales stipulées en faveur de la femme, et c'est lui qui fixera la somme à concurrence de laquelle la femme pourra prendre inscription ; c'est donc lui qui, dans le cas de l'article 66, spécialisera l'hypothèque de la femme quant aux créances qu'elle garantit.

Mais, dans le cas de l'article 67, c'est-à-dire pour la garantie des droits nés au profit de la femme au cours du mariage, que fera cette spécialisation quant aux créances ?

L'article 67 ne donne pas comme l'article 66 mission au président d'évaluer la somme à concurrence de laquelle la femme pourra prendre inscription. Faut-il en conclure que la femme, après avoir obtenu l'autorisation du président d'inscrire son hypothèque, pourra requérir inscription pour la somme qu'elle voudra ? Nous ne le croyons pas, et ce sont les travaux préparatoires de la loi de 1851 qui nous obligent à admettre la négative.

Le projet, tel que l'avait admis la chambre des représentants, n'exigeait pas l'autorisation du président pour l'inscription de l'hypothèque de l'article 67. Mais, pour établir l'uniformité dans les règles à suivre pour les autorisations à accorder par justice aux femmes mariées, et pour exiger cette autorisation dans tous les cas, le sénat ajouta à l'article 67 les mots « en vertu de l'autorisation du président du tribunal de son domicile » et M. Lelièvre, dans son rapport à la chambre, à propos du projet retour du sénat, disait, relativement à l'amendement admis par ce dernier : « La commission approuve cette modification qui est en harmonie parfaite avec la disposition de l'article 66 ». Il est donc certain que l'on a voulu mettre d'accord les articles 66 et 67 et nous devons en conclure que c'est par oubli que le législateur ne nous dit pas expressément, dans l'article 67, que le président doit déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle la femme peut prendre inscription. Malgré tout, nous sommes obligé d'admettre que le conservateur des hypothèques ne pourrait pas refuser l'inscription requise par la femme en vertu d'une ordonnance du président qui n'indiquerait pas les sommes, car la loi n'exige pas formellement cette indication.

Mais est-ce également le président du tribunal qui doit procéder à la spécialisation quant aux immeubles ?

Les articles 66 et 67 sont muets sur ce point et la plupart des auteurs enseignent que la désignation des immeubles grevés par l'hypothèque n'est pas nécessaire dans l'ordonnance du président. Dès lors c'est la femme elle-même qui doit spécifier les immeubles sur lesquels elle désire voir porter son hypothèque et si elle en embrasse un trop grand nombre dans son inscription, le mari a la ressource de faire restreindre l'hypothèque de la manière prescrite par l'article 72. Nous ne pouvons cependant pas admettre cette opinion; à notre avis, le président du tribunal a le droit et le devoir de déterminer les immeubles sur lesquels la femme pourra prendre inscription et tel est bien, selon nous, l'esprit de la loi. En effet, l'hypothèque de la femme doit être spécialisée, la femme, à raison de son incapacité, doit être autorisée à prendre inscription par le président du tribunal, et cette autorisation doit comprendre tout ce qui est nécessaire pour donner à l'inscription de la femme toute son efficacité, c'est-à-dire la spécialisation quant aux créances et quant aux biens. On ne peut pas admettre que la femme incapable de requérir l'inscription sans autorisation puisse grever les immeubles de son mari à sa volonté; il est vrai que le mari peut toujours faire réduire une inscription excessive, mais il en est de même du tuteur et cependant la loi, comme nous le verrons, charge le conseil de famille de spécialiser l'hypothèque légale quant aux biens; par analogie, nous devons donner la même solution pour les articles 66 et 67. Remarquons toutefois que dans la pratique et pour éviter toute contestation, la requête adressée au président évalue la somme et détermine les immeubles du mari, si bien que ce magistrat, dans son ordonnance, statue sur ces deux conditions.

Il est bien entendu que la femme n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour demander la permission d'inscrire son hypothèque.

La femme doit-elle mettre en cause son mari?

La commission du sénat avait proposé de soumettre la femme à l'obligation de mettre en cause son mari; le président n'aurait statué qu'après qu'il aurait été entendu ou appelé. Le mari, disait-on, peut avoir des motifs légitimes pour s'opposer à ce qu'une inscription soit prise, il faut le mettre à même de les faire valoir avant toute décision. Cette proposition fut abandonnée, parce qu'elle parut de nature à entraver l'exercice du droit de la femme et souvent à la déterminer à ne pas y recourir. On reconnaît toutefois que le président ne ferait que se conformer aux intentions du législateur en entendant officieusement le mari, pour se décider ainsi en pleine connaissance de cause.

Dans un rapport spécial au sénat, M. le baron d'Anethan disait : « Si on reconnaît qu'il y a des inconvénients à obliger la femme à assigner son mari, il convient alors de confier le droit d'autoriser au président seul, qui, remplissant en quelque sorte une mission paternelle, pourra faire, s'il le juge utile, venir le mari, l'entendre officieusement et se décider ensuite en pleine connaissance de cause ».

La femme a-t-elle un recours contre l'ordonnance du président?

La majorité des auteurs disent qu'on se trouve ici en matière de juridiction gracieuse; dès lors, comme la loi ne reconnaît pas spécialement un recours à la femme contre l'ordonnance du président, on ne peut pas le lui accorder. On ne trouve guère, parmi les jurisconsultes belges, que Laurent qui soit d'un avis contraire : à son avis, l'ordonnance du président est l'équivalent de la délibération du conseil de famille pour l'hypothèque légale du mineur; or, le tuteur peut faire opposition à cette délibération, et par analogie on doit décider que la femme n'est pas sans recours.

SECTION VI

DE LA PUBLICITÉ DE L'HYPOTHÈQUE ACQUISE AU COURS DU MARIAGE

Les articles 66 et 67 supposent que c'est la femme qui demande au président l'autorisation d'inscrire son hypothèque que celui-ci aura spécialisée; la loi reconnaît donc à la femme le droit de requérir l'inscription nécessaire.

Mais le législateur, qui accordait à la femme une hypothèque à raison de son incapacité, ne pouvait pas s'en rapporter à l'incapable, même pour la rendre publique et efficace.

Aussi l'article 70 déclare que le mari peut toujours requérir lui-même les inscriptions à prendre au cours du mariage. Nous devons remarquer, à ce sujet, que le mari n'est soumis à aucune formalité; il ne doit faire spécialiser l'hypothèque ni quant aux créances garanties, ni quant aux biens; c'est lui seul qui fera la spécialisation dans les bordereaux qu'il remet au conservateur; l'intervention du président était ici inutile, puisqu'il n'y a pas à craindre que le mari prenne une inscription excessive, et si elle est insuffisante, la femme peut toujours requérir une inscription supplémentaire en se faisant autoriser par le président du tribunal. Ajoutons que cette disposition ne procurera pas une bien grande protection à la femme, car le mari n'est pas obligé de requérir l'inscription, il peut simplement le faire.

Le législateur s'est rendu compte du peu de garantie qu'offrait pour la femme son système; aussi a-t-il autorisé certaines personnes à requérir l'inscription au nom de la femme. « On peut craindre, disait M. Lelièvre dans son rapport, que, dans certains cas, la femme n'hésite, dans l'intérêt de la paix du ménage, à prendre des mesures protectrices

de ses droits, mais compromettant plus ou moins la position de son mari. C'est pour éviter cet inconvénient que nous avons cru devoir attribuer le droit de prendre inscription à ceux que des liens d'intérêt et de famille attachent aux époux. Les ascendants qui leur doivent des aliments et leur portent une affection paternelle, les parents et alliés des conjoints jusqu'au troisième degré inclusivement, le juge de paix, ce magistrat respectable si souvent confident des secrets domestiques, et enfin le procureur du roi, surveillant naturel des intérêts des femmes mariées, pourront user d'une faculté que l'épouse aurait quelque répugnance à exercer elle-même. Ces précautions sont évidemment suffisantes et protègent convenablement les droits de la femme ».

En conséquence, l'article 69 dit : « Dans les cas prévus par les articles précédents et en se conformant aux règles qui y sont prescrites, les parents et alliés des époux jusqu'au troisième degré inclusivement pourront requérir les inscriptions au nom de la femme », et l'article 70 ajoute : « Le juge de paix du canton du domicile marital et le procureur du roi près le tribunal de première instance pourront d'office requérir ces inscriptions au nom de la femme ».

L'article 69 dit que ce sont les parents et alliés des époux jusqu'au troisième degré inclusivement qui peuvent requérir inscription; la loi ne fait donc aucune distinction entre les parents et alliés de la femme ou du mari et il faut en conclure que tous peuvent s'adresser au président.

Il aurait été très dangereux de permettre à des parents et à des alliés de prendre d'emblée hypothèque au profit de la femme et c'est ici surtout qu'apparaît la nécessité de l'intervention obligée d'un magistrat impartial et désintéressé; aussi l'article 69, en disant que les parents et alliés doivent se conformer aux règles qui sont prescrites dans les articles

précédents, entend par là les obliger à demander l'autorisation du président du tribunal pour prendre inscription.

Il ne suffisait pas de charger les parents de l'époux de prendre inscription au nom de la femme. Dans la plupart des cas, en effet, ils n'agiront pas, car les moins indifférents comprendront que l'inscription, si elle peut être utile pour sauvegarder les intérêts pécuniaires de la femme, sera de nature à relâcher les liens d'affection qui unissent les époux. C'est pourquoi l'article 79 donne encore le droit de requérir l'inscription au juge de paix du canton du domicile marital et au procureur du roi près le tribunal de première instance.

Ces magistrats devront-ils demander l'autorisation du président du tribunal pour prendre inscription au nom de la femme ?

Le rapporteur de la commission du sénat avait dit : « Il est entendu que les personnes et les fonctionnaires indiqués dans cet article devront obtenir l'autorisation du tribunal pour pouvoir prendre inscription ». Cette disposition était la conséquence logique de l'amendement adopté par la commission du sénat, consistant à donner le pouvoir d'autoriser au tribunal et non pas au président seul. Par cet amendement, la commission voulait établir l'uniformité dans la règle à suivre pour les autorisations à accorder par justice aux femmes mariées et surtout exiger cette autorisation dans tous les cas. Mais le ministre de la justice fit remarquer qu'avec cette solution la femme serait obligée de mettre en cause son mari, ce qui arrêterait souvent la femme ; en conséquence, il proposa d'en revenir à la décision primitive donnant le droit d'autoriser au président seul. Le sénat se rangea à son avis, mais il estima qu'il était impossible d'obliger le juge de paix et le procureur du roi à demander l'autorisation du

président seul pour inscrire l'hypothèque de la femme. De là vient que l'article 70 ne dit pas comme l'article 69 « en se conformant aux règles prescrites dans les articles précédents », mais déclare, au contraire, que ces magistrats peuvent requérir inscription « d'office », c'est-à-dire sans aucune autorisation préalable.

Telles sont les personnes à qui la loi belge accorde la faculté de prendre inscription au nom de la femme au cours du mariage. Ce système n'est pas plus protecteur des intérêts de la femme que celui admis pour l'inscription de l'hypothèque résultant du contrat de mariage. C'est en effet la femme qui doit surveiller la conservation de ses droits, car il est bien rare que les parents et alliés interviendront, ce n'est qu'à la dernière limite qu'ils se décideront à agir, si même ils s'y décident un jour. Enfin le devoir qu'on impose au juge de paix et au procureur demande tellement de prudence que le plus souvent ceux-ci n'agiront que sur l'invitation de la femme elle-même ou des parents

En étudiant la publicité de l'hypothèque légale de la femme spécialisée dans le contrat de mariage, nous avons réservé la question de savoir si les personnes à qui la loi accorde la faculté de requérir inscription de l'hypothèque au cours du mariage avaient le même droit pour l'hypothèque résultant du contrat de mariage.

La question est controversée dans la doctrine belge et la discussion porte sur l'étendue qu'il faut donner aux expressions de l'article 69 : « Dans les cas prévus par les articles précédents ». Faut-il comprendre l'article 64 ou faut-il l'en exclure et dire que les articles 69 et 70 ne se réfèrent qu'aux articles 66 et 67 ?

Le principal argument invoqué par les auteurs qui refu-

sent aux parents et aux magistrats le droit de prendre inscription de l'hypothèque résultant du contrat de mariage se fonde sur ce que l'article 69, après avoir dit : « Dans les cas prévus par les articles précédents », ajoute aussitôt « et en se conformant aux règles qui y sont prescrites ». Or, dit-on, l'article 64 ne contient pas d'autres règles prescrites pour prendre inscription, que celles relatives au *mode de l'inscription*; ce n'est certainement pas de celles-là que l'article 69 a voulu parler, car ici il ne s'agit pas des règles de l'inscription elle-même, mais des règles pour requérir inscription, ce qui suppose des formalités préalables à l'inscription même.

Mais cette raison est loin d'être convaincante. L'article 69 renvoie aux articles précédents sans distinction, et s'il prescrit aux parents de se conformer aux règles contenues dans ces dispositions, on ne peut pas en conclure qu'il ne s'applique pas à l'article 64 sous le seul prétexte que cet article 64 n'édicte pas de règle spéciale. On peut d'autant moins le faire qu'il n'existe aucune raison de refuser aux parents des époux et aux magistrats, dans le cas de l'article 64, le droit qu'on leur accorde dans les cas prévus par les articles 66 et 67. Au contraire, s'ils ont qualité pour faire spécialiser et inscrire l'hypothèque de la femme pendant le mariage, alors que la femme et le mari restent dans l'inaction, à plus forte raison doit-on leur reconnaître le droit de faire inscrire une hypothèque que les époux eux-mêmes ont voulu en la spécialisant par leur contrat de mariage.

Du reste les travaux préparatoires imposent cette solution. En effet, le projet de loi du gouvernement était ainsi conçu : « Dans les cas prévus par les deux articles précédents, le mari pourra toujours, de son chef, prendre ces inscriptions au nom de la femme ». Mais la commission de la chambre trouva cette disposition insuffisante et conféra le droit de

prendre inscription aux parents des époux, au juge de paix et au procureur, craignant que la femme n'hésite, dans l'intérêt de la paix du ménage, à prendre des mesures protectrices de ses droits. Il est évident que ces motifs s'appliquent au cas où les époux ont spécialisé l'hypothèque dans leur contrat de mariage comme aux autres, aussi la commission présenta la rédaction suivante : « *Dans les cas prévus par les articles précédents*, et en se conformant aux règles qui y sont prescrites, les ascendants des époux, les parents et alliés de ceux-ci jusqu'au troisième degré inclusivement, le juge de paix du canton du domicile marital et le procureur du roi près le tribunal de première instance pourront, sauf le recours du mari, requérir les inscriptions au nom de la femme ». De plus, ce qui montre bien l'intention du législateur de généraliser le droit des parents et alliés des époux, c'est le nouveau changement de rédaction proposé à la chambre par le ministre de la justice, qui présenta le texte suivant : « Dans les cas prévus aux articles précédents et en se conformant aux règles qui y sont prescrites, les parents et alliés des époux... Le mari, dans les cas prévus par les articles 66 et 67, pourra toujours, de son chef, les prendre au nom de celle-ci ». Cette disposition fut adoptée par la chambre, mais au sénat l'article fut coupé en deux sur la proposition de M. d'Anethan. Il n'en est pas moins vrai que le droit des parents, du juge de paix et du procureur reste généralisé, tandis que le droit du mari reste limité aux cas visés par les deux articles précédents. L'intention de généraliser les droits des parents et alliés, du juge de paix et du procureur paraît ainsi évidente, et la grande majorité des auteurs belges admettent cette généralisation.

SECTION VII

DE LA RÉDUCTION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

En ordonnant la publicité et la spécialité de toutes les hypothèques, même légales, la loi belge a voulu, tout en assurant la protection de la femme, sauvegarder les intérêts des tiers et rendre au crédit du mari une valeur qu'il avait perdue avec la clandestinité et la généralité hypothécaires. Mais avec le système de la loi de 1851, le patrimoine du mari peut se trouver trop lourdement grevé, si la femme a pris inscription pour des créances qui n'existent pas ou dont le montant est de beaucoup inférieur à la somme pour laquelle elle a pris hypothèque. Aussi le législateur devait-il, pour ne pas ruiner le crédit du mari, organiser une procédure tendant à la réduction des inscriptions ; c'est là l'objet de l'article 72.

Cet article est ainsi conçu : « Dans le cas des articles 66, 67, 69 et 70, le mari pourra demander que l'hypothèque inscrite pour raison des reprises de la femme soit réduite aux sommes que la femme peut avoir à réclamer, et restreinte aux immeubles suffisants pour les garantir. Le tribunal statuera comme en matière sommaire, le procureur du roi entendu et contradictoirement avec lui, après avoir pris l'avis des trois plus proches parents de la femme, et à défaut de parents dans la distance des deux myriamètres, l'avis de trois personnes connues pour avoir avec la femme ou sa famille des relations d'amitié ».

Quand le mari peut-il demander la réduction ?

D'après le projet de loi élaboré par la commission spéciale, le droit pour le mari de provoquer la réduction existait d'une manière très large : il pouvait la demander dans tous

les cas où les garanties étaient excessives même quand les garanties résultaient du contrat du mariage. Cette manière de voir fut partagée par la commission de la chambre des représentants, mais le ministre de la justice proposa un amendement dans le but de n'autoriser la réduction que pour les cas où l'hypothèque a été prise durant le mariage. Toutefois cet amendement ne prévoyait la réduction que dans les cas des articles 66 et 67, c'est-à-dire que le mari ne pouvait agir que lorsque c'était la femme qui avait fait inscrire l'hypothèque au cours du mariage. Mais M. d'Hont déclara qu'il serait bon d'accorder la même faculté au mari lorsque l'inscription serait prise par les parents ou alliés, par le juge de paix et par le procureur du roi, car il lui paraissait que, dans ces cas où il s'agit d'un pouvoir plus ou moins exorbitant accordé à des parents ou alliés, il y aurait un motif plus puissant à ne pas refuser au mari l'action autorisée par l'article 72. La chambre des représentants se rangea à cet avis si bien que le résultat final fut que le mari peut agir en réduction pour les inscriptions prises durant le mariage quelle que soit la personne qui a requis ces inscriptions.

Quel peut-être l'objet de la réduction ?

D'après le projet de la commission spéciale, tel qu'il fut adopté par la commission de la chambre des représentants et d'après l'amendement du ministre de la justice qui fut adopté par la chambre, le mari n'avait le droit de demander la réduction de l'hypothèque que quant aux immeubles sur lesquels elle portait, mais le même ministre fit remarquer qu'il fallait de plus que le mari eût le droit de faire restreindre les sommes pour lesquelles l'hypothèque a été prise, car la femme pouvait avoir pris hypothèque, non seulement sur trop d'immeubles, mais encore pour une somme supérieure

à celle qui lui revient. En conséquence, au second vote, la rédaction de l'article fut modifiée dans ce sens.

A raison de quelles créances le mari peut-il demander la réduction ?

Selon le texte de l'article 74, le mari peut demander la réduction de l'hypothèque pour raison des reprises de la femme. Faut-il prendre ce mot au sens étroit et décider que le mari ne peut pas agir en réduction de l'hypothèque prise au cours du mariage à raison de la dot et des conventions matrimoniales ? La loi ainsi interprétée n'aurait pas de sens ; selon elle le mari doit avoir le droit de réduction chaque fois qu'une inscription est prise pendant le mariage, car cette inscription a été prise sans son consentement et sans qu'il ait été entendu. D'ailleurs ce qui prouve bien que tel est le sens de la loi, c'est que l'article 72 renvoie tout d'abord à l'article 66 qui prévoit le cas de la dot et des conventions matrimoniales, puis à l'article 67 qui prévoit tous les droits qui naissent durant le mariage. Il faut donc conclure que toutes les créances de la femme, quelles qu'elles soient, sont comprises dans l'article 72 : le mot reprises est inexact, il est employé comme synonyme de droits et créances.

Le mari, autorisé à demander la réduction de l'hypothèque, peut-il également solliciter la radiation de l'inscription, quand il est constaté qu'elle a été prise pour une somme inexistante.

Ainsi l'inscription a été prise, au nom d'une femme dotale, pour sûreté des sommes dotales qu'elle est appelée à recueillir dans une succession qui lui est échue pendant le mariage. La succession liquidée, il se trouve que les dettes absorbent l'actif et que la femme ne recueille rien. L'hypothèque inscrite n'a donc pas de cause et le mari doit pouvoir en demander la radiation. On peut objecter que l'article 72 ne parle pas de cette radiation, et à cet égard on peut remar-

quer que le projet de loi contenait une disposition permettant la radiation dans notre cas. Cette disposition a disparu à la suite d'un amendement du ministre de la justice, mais faut-il en conclure que le mari ne peut pas demander la radiation ? Nous ne le croyons pas, en effet l'article 95 relatif aux radiations est général et s'applique aux hypothèques légales comme aux hypothèques conventionnelles ; or cet article donne pour base à la radiation : il ne peut pas y avoir d'effet sans cause. Or dès que la cause qui permet l'inscription d'une hypothèque légale pendant le mariage vient à disparaître, il est évident que la radiation s'impose.

Le mari doit agir en justice pour obtenir la réduction qu'il sollicite. Cette action judiciaire est soumise aux règles ordinaires de la procédure, si ce n'est toutefois que le tribunal doit statuer comme en matière sommaire, que le procureur du roi doit être entendu contradictoirement avec le demandeur et que le tribunal doit prendre l'avis des trois plus proches parents de la femme et à leur défaut celui de trois amis, mais il faut remarquer que cet avis n'est pas obligatoire pour le tribunal. Remarquons enfin que la loi n'exige pas que la femme soit mise en cause par le mari ; cependant certains auteurs soutiennent qu'il ne faut pas conclure de ce silence que la femme ne doit pas être appelée, car c'est contre elle que la demande du mari est dirigée ; mais le tribunal civil de Bruxelles, dans son jugement rendu le 10 décembre 1884, a donné tort à ces auteurs en disant que « la loi n'exige pas que la femme soit entendue », le législateur ayant autant que possible voulu éviter les froissements entre les époux.

APPENDICE

PUBLICITÉ DES RENONCIATIONS A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

L'existence de l'hypothèque légale de la femme mariée peut être gênante pour le mari dont le crédit se voit diminué par cette hypothèque. Aussi la loi donne-t-elle à la femme la faculté de renoncer à son inscription. Seulement le législateur devait prémunir la femme contre sa faiblesse, et l'article 71 dispose : « La femme ne pourra renoncer, directement au profit de son mari, aux inscriptions prises en vertu des dispositions précédentes ». La femme peut donc renoncer à des inscriptions en faveur des tiers pour venir en aide indirectement à son mari, mais elle ne peut pas y renoncer directement en faveur de ce dernier.

Ces renonciations doivent-elles être publiques ?

La question est controversée, et le tout est de savoir si les renonciations rentrent dans le cadre de l'article 5 de la loi de 1851, qui exige que la cession d'une créance hypothécaire ou la subrogation à un droit semblable, pour être opposable aux tiers, soit inscrite en marge de l'inscription primitive. Il est certain que l'article 5 est applicable quand la femme transfère et l'hypothèque et la créance qu'elle garantit, mais il arrive souvent que la femme transfère son hypothèque indépendamment de la créance. Faut-il encore, dans ce cas, appliquer l'article 5 ? A s'en tenir strictement au texte, il faut répondre par la négative, car la loi ne parle que de la cession des créances hypothécaires et non pas du transport de l'hypothèque séparée de la créance ; mais il est évident qu'elle n'a fait que prévoir la stipulation la plus ordinaire et que ses termes ne doivent pas être interprétés de façon restrictive : ce n'est pas la cession de créance que le législateur

a voulu rendre publique, mais la transmission du droit réel qui en est la garantie, et ce qui le prouve, c'est que le titre dans lequel se trouve l'article 5 est intitulé : « De la transmission des droits réels ». Soustraire à l'application de la règle de notre article le transport isolé de l'hypothèque, ce serait méconnaître la volonté du législateur et introduire dans l'économie de la loi une véritable anomalie.

TITRE II

Des sûretés des mineurs.

CHAPITRE PREMIER

ÉCONOMIE GÉNÉRALE DU SYSTÈME BELGE CONCERNANT LA PROTECTION DES MINEURS

La loi belge du 16 décembre 1851 comble une lacune qui existait dans le code civil et qu'elle renferme elle-même quand il s'agit de la protection accordée à la femme mariée. Le code civil pour le mineur et la femme mariée et la loi belge pour cette dernière n'organisent aucune garantie quand le tuteur ou quand le mari ne possèdent pas d'immeubles. La seule sauvegarde pour la femme mariée et le mineur consiste dans leur hypothèque légale qui ne leur sera d'aucun secours si le mari ou le tuteur n'a qu'une fortune mobilière ou une fortune immobilière insuffisante. Aussi la loi belge se montre plus prévoyante que le code civil et est plus protectrice des intérêts du mineur que de ceux de la femme mariée, car elle contient des dispositions qui ont pour but de sauvegarder les intérêts des mineurs, quelle que soit la composition de la fortune de leurs tuteurs.

Quelle est donc l'économie générale du système de protection des mineurs?

L'expression analytique de tout le système se trouve dans le rapport de la commission spéciale. Sans doute, toutes les idées qui y sont émises n'ont pas été accueillies, mais il n'en constitue pas moins le sommaire, exact dans les grandes lignes, de la réforme.

« L'article 2141 du code civil, dit ce rapport, permet au conseil de famille de décider qu'il ne sera pris d'inscription que sur certains immeubles du tuteur et de spécialiser ainsi l'hypothèque. En pratique, on a jusqu'ici rarement tiré parti de cette disposition : cependant elle offre le principe de la réforme à introduire. Ce qu'elle tolère comme une simple faculté, ce qu'elle permet par voie d'exception, la commission propose de l'ériger en règle. D'après le projet, à l'ouverture de toute tutelle, si la personne appelée à l'exercer possède des propriétés foncières, le conseil de famille désignera les immeubles qui seront frappés d'hypothèque pour sûreté de la gestion et fixera la somme à concurrence de laquelle l'inscription sera prise. Comme il importe que le conseil de famille ne se détermine qu'après mûr examen et en pleine connaissance de cause, il sera obligé de motiver sa délibération. Il devra aussi entendre, ou du moins appeler le tuteur, et si celui-ci se croyait lésé par la décision prise, s'il pensait que les garanties qu'on exige de lui sont exagérées, il pourra se pourvoir devant le tribunal, qui statuera, comme en matière urgente, sur l'avis du ministère public. Il a paru équitable à la commission d'ouvrir la même voie d'opposition à tout membre du conseil de famille qui estimerait que les sûretés exigées sont insuffisantes. On est fondé à croire que, dans la plupart des cas, le conseil de famille et le tuteur s'entendront sur l'importance et le nombre des immeubles à grever ; alors l'inscription sera prise en vertu de l'acte authentique passé à l'intervention du subrogé tuteur. Dans les cas, probable-

ment peu nombreux, où la famille ne sera pas parvenue à se mettre d'accord avec le tuteur, l'inscription sera prise en vertu de la délibération du conseil. Avant cette inscription, le tuteur ne pourra faire aucun acte de gestion, et il sera responsable, vis-à-vis des tiers, de ceux qu'il aura illégalement passées.

» Les garanties à fournir par le tuteur étant désormais limitées, il importe également de limiter les sommes disponibles du mineur qui pourront se trouver entre ses mains. Il ne faut point que le tuteur reste dépositaire de deniers dont le recouvrement ne serait pas en tous cas suffisamment assuré par l'hypothèque fournie. A cet égard, le conseil de famille sera le meilleur juge. A l'entrée de chaque tutelle, ce conseil pourra fixer les époques auxquelles le tuteur lui rendra compte des capitaux mobiliers qu'il aura pu recevoir, ainsi que de l'excédent des revenus sur les dépenses du pupille. De plus, le subrogé tuteur, surveillant né du tuteur, sera autorisé à lui demander, une fois l'an, un état de situation de ses recettes et dépenses, et le tuteur ne pourra, sans l'autorisation du subrogé tuteur, recevoir le remboursement des capitaux inexigibles ni des créances à terme qui ne devaient échoir qu'après la majorité du pupille. Dans ce cas, le subrogé tuteur veillera à la conservation de ces sommes.

» La commission a pensé que si le tuteur ne possède pas d'immeubles, il devra être astreint à verser immédiatement dans une caisse publique toutes les valeurs mobilières disponibles du pupille, à moins qu'il n'ait été préalablement autorisé à employer ces valeurs soit à l'acquittement des dettes du mineur, soit en acquisition d'immeubles ou en achat d'effets publics en nom.

» Il est encore possible que le tuteur ne possède pas des immeubles suffisants pour garantir la totalité de sa gestion ;

cette insuffisance étant constatée, le conseil de famille fixera à l'ouverture même de la tutelle le chiffre au delà duquel les valeurs mobilières du pupille devront être consignées.

» Pendant le cours de la tutelle, la situation du mineur, celle du tuteur peuvent subir de notables modifications. Il est possible que le tuteur, qui d'abord ne possédait pas d'immeubles, ou qui n'en possédait que d'insuffisants, fasse des acquisitions ; le patrimoine pourra aussise trouver considérablement augmenté par des successions ou des donations consistant en grande partie en valeurs mobilières ; dans ces cas, il est nécessaire et juste que le conseil de famille puisse exiger de nouvelles garanties.

» Que si, d'une autre part, les sûretés primitivement exigées deviennent exorbitantes, soit par l'immobilisation d'une partie des capitaux du pupille, soit par l'augmentation de valeur des biens hypothéqués, le tuteur pourra obtenir du conseil de famille la réduction des inscriptions qui affectent ses biens ».

A la lecture de ce rapport nous pouvons constater que la protection des mineurs a trois chefs principaux : tout d'abord le mineur a pour sûreté son hypothèque légale que le conseil de famille doit spécialiser et qui doit être inscrite, ensuite si cette hypothèque est insuffisante pour le garantir ; la loi organise des sûretés supplétives ; enfin la loi contient des dispositions indépendantes de l'hypothèque par lesquelles elle diminue les pouvoirs du tuteur et par conséquent augmente la sécurité du mineur. Ces garanties peuvent devenir insuffisantes ou excessives au cours de la tutelle et alors se pose la question de l'augmentation ou de la réduction de ces garanties.

D'après le projet de loi du gouvernement élaboré par la commission spéciale, le système de protection reposait uniquement sur l'action du conseil de famille et de sa diligence dépendait le plus ou moins de sécurité pour le mineur. La

commission de la chambre des représentants, pour plus de garanties, a fait accepter par les chambres l'idée de la haute tutelle, c'est-à-dire le contrôle des tutelles par la magistrature.

Nous étudierons donc successivement : 1° l'hypothèque légale du mineur; 2° les garanties supplétives ou complémentaires de l'hypothèque légale; 3° l'augmentation ou la réduction des garanties hypothécaires ou autres; 4° les garanties étrangères à l'hypothèque légale; 5° le contrôle des tutelles par la magistrature.

CHAPITRE II

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

SECTION PREMIÈRE

QUELLES CRÉANCES SONT GARANTIES PAR L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

L'article 47 dit : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont... ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur ». Il faut en conclure que le mineur a hypothèque légale sur les biens de son tuteur pour toutes les créances qu'il peut avoir contre lui en cette qualité de tuteur. Il en résulte que l'hypothèque existe pour toutes les sommes dont il est débiteur par suite de son administration. En conséquence, la garantie existe pour les sommes perçues par le tuteur pour son pupille et même pour celles qu'il aurait négligé de percevoir. L'hypothèque garantit en outre les dommages-intérêts dont le tuteur peut être tenu à raison de ses fautes et négligences, de ses malversations et des actes indûment faits par lui, par exemple des aliénations

qu'il aurait consenties sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, nonobstant, dans ce cas, l'action révocatoire du pupille contre les tiers. Enfin la garantie existe pour les accessoires des créances résultant des causes que nous venons d'indiquer, et, par conséquent, pour les frais auxquels pourrait donner lieu l'action en reddition de compte et qui seraient mis, par suite d'une contestation mal fondée, à charge du tuteur. De même le tuteur est responsable des prescriptions acquises pendant la tutelle et la créance résultant contre lui de cette responsabilité est garantie par l'hypothèque légale.

De l'article 47 il résulte également que tous les immeubles du tuteur servent de garantie au mineur. La loi, en se servant de l'expression « sur les biens du tuteur », ne fait point de distinction entre ceux que le débiteur possède au jour où lui est dévolue la qualité de tuteur et ceux qu'il peut acquérir dans la suite; tous sont donc pareillement frappés de l'hypothèque légale à mesure qu'ils arrivent en la possession du débiteur. La preuve que l'hypothèque légale atteint tous les biens du débiteur résulte de l'article 59, qui permet de grever d'hypothèques les immeubles survenus au tuteur pendant le cours de sa gestion.

L'hypothèque légale du mineur porte donc sur tous les immeubles du tuteur et garantit toutes les créances que le mineur peut avoir contre le tuteur à raison de la tutelle. Toutefois, l'hypothèque, pour devenir efficace, doit être inscrite et cette inscription doit déterminer pour quelles créances elle est requise et sur quels immeubles elle doit porter, si bien que l'hypothèque légale du mineur, par suite de sa publicité, devient spéciale.

SECTION II

SPÉCIALISATION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

§ I. *Qui doit faire cette spécialisation.*

Aux termes de l'article 49, c'est le conseil de famille qui est appelé à spécialiser l'hypothèque légale du mineur. Dans le système du code civil, le conseil de famille est chargé de veiller aux intérêts du mineur, et, comme la spécialisation se fait dans son intérêt, il a paru naturel de charger le conseil du soin de sauvegarder les droits des mineurs.

La spécialisation peut-elle être le fait du tuteur lui-même ?

Nous admettons que le tuteur peut, de son propre mouvement et sans que le conseil de famille intervienne, requérir l'inscription d'une hypothèque sur ses biens au profit du mineur et que le conservateur des hypothèques doit l'inscrire si elle est spécialisée quant à la somme à garantir et quant aux biens qui lui sont présentés par le tuteur lui-même. Si la loi, en organisant les sûretés que doit fournir le tuteur, confie au conseil de famille la mission de fixer la somme à garantir, c'est ordinairement parce qu'elle n'a pu s'en rapporter, à cet égard, à celui dont les biens doivent être frappés ; mais on ne peut en conclure que l'intervention du conseil de famille soit exigée à peine de nullité de l'hypothèque, si le tuteur offre spontanément au mineur les sûretés légales. Il peut se présenter des circonstances où l'intérêt du mineur exige que l'inscription soit prise immédiatement et sans qu'il soit possible d'attendre la réunion du conseil de famille. Prononcer la nullité d'une hypothèque inscrite dans ces conditions, à la demande du tuteur, conduirait à cette conséquence inadmissible que les formalités prescrites par

le législateur, dans l'intérêt exclusif des mineurs, pourraient, dans certains cas, être retournées contre eux. Sans doute le tuteur ne prendra pas ordinairement l'initiative. De là, la nécessité de confier à une autorité organisée par la loi, le soin de spécialiser l'hypothèque légale, et d'obliger le tuteur à subir les décisions de cette autorité, sauf son recours au cas où la garantie exigée serait excessive. Mais quand le tuteur veille lui-même aux intérêts du mineur, on ne voit pas pourquoi l'acte qu'il fait contre lui-même ne profiterait pas à ses pupilles. Nous ne pouvons donc pas nous rallier à l'opinion exprimée par Laurent ⁽¹⁾ que la délibération tient lieu de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque et qu'aucune inscription ne peut être prise sans cette délibération. Cela n'est vrai que dans le cas où le tuteur n'agit pas lui-même. Il serait, en effet, en droit d'invoquer la nullité d'une inscription prise par le subrogé tuteur ou par une personne déléguée par le conseil de famille, à défaut d'une délibération régulière spécialisant les créances garanties et les immeubles à grever. Les tiers intéressés auraient également ce droit. Mais quand le tuteur spécialise lui-même l'hypothèque résultant de la loi, il serait mal fondé à venir invoquer une nullité à laquelle il a virtuellement renoncé. Tel est, d'ailleurs, le système de la loi hypothécaire. Lorsqu'il s'agit de l'hypothèque de la femme mariée, nous avons vu que l'article 70 dispose que le mari peut toujours requérir, de son propre chef, les inscriptions à prendre pendant la durée du mariage et il n'est soumis, à cet égard, à aucune formalité; l'autorisation du président du tribunal, nécessaire quand la femme requiert elle-même l'inscription, est inutile quand c'est le mari qui réalise spontanément la garantie qui résulte pour elle de la

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, XXX, p. 303.

loi; la raison en est que le mari ne prendra pas une inscription excessive et que, si elle est insuffisante, la femme pourra requérir une inscription supplémentaire. Les mêmes raisons s'appliquent à l'hypothèque légale du mineur et nous devons admettre que le tuteur peut la faire inscrire sans aucune formalité préalable. D'ailleurs, la jurisprudence est dans le sens de notre opinion, comme nous pouvons le constater dans un jugement du tribunal d'Arlon rendu le 19 mars 1891 ⁽¹⁾.

§ II. *Quand le conseil de famille doit-il spécialiser l'hypothèque légale ?*

L'article 49 répond à cette question en disant : « Lors de la nomination des tuteurs ou avant l'entrée en exercice de toute tutelle, le conseil de famille fixera la somme, etc. » La loi veut donc que l'hypothèque soit déjà spécialisée par le conseil de famille au moment où la gestion du tuteur commence.

Le système de la loi n'est réellement satisfaisant que s'il s'agit d'une tutelle déferée par le conseil de famille ; car alors, au moment de la nomination du tuteur, le conseil de famille prendra les précautions commandées par la loi, si bien que tous les actes du tuteur seront garantis.

Mais il n'en est plus de même au cas de tutelle testamentaire ou légale. Le tuteur peut administrer les biens du pupille bien avant que les garanties destinées à préserver le mineur contre sa mauvaise gestion n'aient été déterminées par le conseil de famille, et c'est ce qui faisait dire au rapporteur de la commission de la chambre des représentants :

⁽¹⁾ *Pand. pér.*, 1892, n. 640.

« Il n'est pas difficile de pourvoir aux intérêts des mineurs lorsqu'il s'agit d'une tutelle déléguée par le conseil de famille. Celui-ci peut, en procédant à la nomination, s'occuper de l'hypothèque qui assurera la régularité de la gestion; mais s'il s'agit d'une tutelle légale, n'a-t-on pas lieu de craindre que le tuteur ne s'imisce dans l'administration qui lui a été déléguée sans s'occuper des mesures sauvegardant les droits de ses pupilles avec lesquels, sur ce point, il se trouve en opposition d'intérêts? La commission a pensé qu'il fallait établir des garanties suffisantes, et qu'en conséquence, indépendamment de l'obligation imposée au tuteur, il était nécessaire d'autoriser les parents du mineur, le juge de paix et même le procureur du roi à requérir la convocation du conseil de famille. Pour mettre ces magistrats à même de remplir ce devoir important, il a paru indispensable d'enjoindre aux officiers de l'état civil de leur faire connaître immédiatement les décès des personnes mariées soumises à leur juridiction ».

La commission de la chambre avait donc trouvé indispensable de rendre inévitable la convocation du conseil de famille avant l'entrée en gestion du tuteur légal ou testamentaire pour procurer au mineur une protection efficace et, dans ce but, elle proposa des dispositions qui disparurent, on ne sait pour quel motif, dans la discussion devant la chambre des représentants. Il faut donc s'en tenir au droit commun : D'après l'article 421 du code civil, le tuteur légal ou testamentaire doit assembler, avant d'entrer en fonctions, le conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur. Cette convocation fournira au conseil l'occasion de déterminer les garanties à fournir par le tuteur. D'après l'article 406, les personnes qui peuvent provoquer la convocation du conseil sont les parents du mineur, ses créanciers ou autres

parties intéressées et enfin le juge de paix du domicile du mineur; il n'en est pas moins vrai que le tuteur pourra administrer avant la réunion du conseil de famille sous la seule sanction établie par l'article 421-2°, qui dit que s'il s'est ingéré dans la gestion avant cette réunion, le conseil de famille pourra, s'il y a eu dol de sa part, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur. Ainsi donc la seule sanction, si le tuteur agit avant la spécialisation de l'hypothèque, est sa destitution facultative et encore faut-il qu'il y ait eu dol de sa part. Il en résultera que les actes faits par lui seront valables et que le mineur n'aura aucune garantie hypothécaire contre le tuteur à raison de ses actes. Le projet du gouvernement prévoyait ce danger et décidait que nul ne pouvait faire acte de tutelle avant la spécialisation de l'hypothèque du mineur; mais l'article 46, qui contenait cette disposition, fut rédigé d'une autre façon à la suite d'un amendement du ministre de la justice et le nouvel article qui le remplaça ne parla plus de la nullité des actes faits par le tuteur avant la réunion du conseil de famille, si bien que ces actes sont valables à l'égard des tiers et que le préjudice qu'ils entraînent retombe sur le mineur seul; l'ingérence prématurée du tuteur dans les affaires du mineur n'a pas d'autre sanction que sa destitution facultative.

§ III. *De la délibération du conseil de famille spécialisant l'hypothèque.*

1° *La délibération du conseil de famille doit être motivée.*
— L'article 50-1° dit : « La délibération du conseil de famille sera motivée ». En général, le code civil n'exige pas que les conseils de famille expriment les motifs de leurs décisions. Il n'y a d'exception à cette règle que dans les cas graves

d'exclusion ou de destitution du tuteur (art. 447) ⁽¹⁾. La loi hypothécaire ajoute donc une nouvelle exception à celles que nous venons d'indiquer, témoignant ainsi de l'importance qu'elle attache aux décisions des conseils de famille concernant l'hypothèque légale. Le législateur a voulu que ces conseils ne se déterminassent qu'après un examen sérieux et en pleine connaissance de cause; il importait, d'autre part, que les tribunaux qui sont appelés à reformer, le cas échéant, les délibérations relatives à l'hypothèque, pussent en apprécier le mérite : ce sont les termes mêmes dont se servait le rapporteur de la commission de la chambre des représentants pour justifier l'article 50.

C'est dans le double intérêt du mineur et des tuteurs que la loi exige que la délibération soit motivée. S'ils font défaut, la délibération est nulle, et la nullité, d'ailleurs relative, peut être invoquée, soit par le tuteur, soit, au nom des mineurs, par le subrogé tuteur ou par un autre membre du conseil. Toutefois il est évident que cette nullité ne pourra être invoquée que dans les cas où il serait fait opposition à la délibération pour les causes énoncées en l'article 51, c'est-à-dire pour l'excès ou pour l'insuffisance des garanties exigées du tuteur, car il n'y a pas d'intérêt à dénoncer un vice de forme alors qu'il n'y a rien à objecter au fond.

2° Le tuteur doit être entendu ou appelé par le conseil de famille. — L'article 50-2° dit à ce sujet : « Dans le cas énoncé au paragraphe premier de l'article précédent, le tuteur devra être entendu ou appelé ». La loi veut que le tuteur soit présent à la séance où le Conseil de famille délibère sur les

⁽¹⁾ Article 447 du code civil : « Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur ».

garanties requises par l'article 49. Il eût été injuste qu'il en fût autrement, puisque la fortune du tuteur est en jeu et qu'il importe de ne pas la charger au delà du besoin véritable du mineur. Mais l'utilité de l'audition du tuteur ne se présente pas si le conseil est d'avis qu'aucune inscription sur ses biens n'est nécessaire. C'est pourquoi notre article n'ordonne de l'entendre que dans le cas énoncé dans le premier paragraphe de l'article 49.

Si l'on n'a pas lieu de compter sur la comparution volontaire du tuteur, il faut, pour satisfaire au vœu de notre article, l'appeler par les modes de citation usités pour la convocation du conseil de famille, en laissant entre la citation et le jour indiqué pour la comparution les délais indiqués dans l'article 411 du code civil. Si le tuteur ainsi averti ne se présente pas, le conseil statue par défaut.

Comme c'est surtout en faveur du débiteur lui-même que la loi requiert sa comparution, lui seul a qualité pour arguer de nullité la délibération qui aurait été prise sans qu'il y eût été entendu ou appelé. Encore ne sera-t-il recevable à le faire que s'il a à se plaindre de l'exagération de la garantie hypothécaire exigée de lui, et la raison est la même que plus haut.

3° Faut-il exiger la mention de l'avis de chaque membre quand la délibération du conseil n'est pas prise à l'unanimité?

— Aux termes de l'article 883 du code de procédure civile, toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent doit être mentionné au procès-verbal. On peut douter que cette formalité soit exigée par les délibérations qui statuent sur l'hypothèque légale du mineur, car la mention des avis individuels a été exigée notamment pour permettre

l'exécution de la seconde partie de l'article 833, qui prescrit à celui qui attaque une délibération de former sa demande contre les membres de la majorité, tandis que l'opposition à la délibération relative à l'hypothèque doit être poursuivie contre le tuteur ou contre le subrogé tuteur. Cependant, d'après l'avis unanime des jurisconsultes belges, la formalité de l'article 883 doit être remplie; selon eux, l'intention du législateur, en imposant la règle du premier alinéa de l'article 883, n'a pu être, exclusivement du moins, d'assurer la mise en pratique de la manière de procéder indiquée dans le deuxième alinéa : il s'est proposé plutôt de faciliter la tâche du tribunal appelé à statuer sur le sort de la délibération, en lui faisant connaître les opinions diverses qui ont divisé le conseil, par quels membres elles ont été formulées (car elles empruntent naturellement plus ou moins de gravité à la qualité de leurs partisans), et enfin, les forces de la majorité qui a triomphé. Ces raisons ne perdent rien de leur valeur dans l'hypothèse particulière de notre article; d'ailleurs l'article 883 est conçu en termes généraux et l'article 50 de la loi hypothécaire, en ordonnant au conseil de famille de motiver sa décision relative à l'hypothèque, n'a rien d'incompatible avec l'obligation d'indiquer l'avis de chacun des membres du conseil quand ils sont en désaccord. Au contraire, les deux formalités se complètent à l'avantage des parties intéressées, puisqu'elles aideront à éclairer davantage le tribunal qui aura à statuer sur les oppositions le cas échéant.

4° La délibération du conseil de famille n'est pas soumise à l'homologation du tribunal. — En effet les délibérations des conseils de famille ne doivent être homologuées par le tribunal que dans les cas où la loi le dit expressément. L'article 60 l'a prescrit quand il s'agit de réduire les garanties si

elles sont excessives ; mais notre loi ne soumet pas à l'homologation la délibération qui spécialise l'hypothèque : le législateur a estimé que le droit d'opposition suffit pour sauvegarder les intérêts du mineur et que par suite l'homologation aurait occasionné des frais inutiles.

5° *Voies de recours contre la délibération du conseil de famille.* — A la chambre des représentants, M. Adolphe Roussel aurait voulu que la délibération du conseil de famille qui spécialise l'hypothèque légale du mineur fut inattaquable ; le droit de former opposition à cette délibération lui paraissait de nature à compromettre parfois les intérêts des mineurs, car les tribunaux situés le plus souvent loin du lieu où se déroule le débat ne sont pas à même de connaître les nécessités de la tutelle. Mais le ministre de la justice lui répondit que si on admettait son amendement on exposerait tout le patrimoine du tuteur : « Comment donc, disait-il, sont formés les conseils de famille ? Ils sont composés des membres des deux familles, de trois membres de la branche paternelle et de trois membres de la branche maternelle. Le plus souvent, les membres de la branche dans laquelle on choisit le tuteur sont les parents du tuteur. Ils seront portés à lui faire une position commode, à le dispenser de fournir hypothèque et il suffira qu'un membre de l'autre branche se joigne à eux pour que le mineur n'ait plus aucune sûreté ! Vous voulez que le mineur soit à la disposition exclusive du conseil de famille ; ce système, le code l'a repoussé dans toutes ses dispositions, en soumettant tous les actes importants qui concernent la fortune des mineurs à l'homologation du tribunal. Je le repousse avec le code, parce qu'il est contraire aux intérêts des mineurs ». L'avis du ministre de la justice l'emporta et alors fut voté l'article 51 consacrant le principe de

la possibilité de l'opposition comme voie de recours contre la délibération du conseil spécialisant l'hypothèque du mineur. Bien entendu l'appel est permis après l'opposition.

Le rapporteur de la commission de la chambre des représentants a dit que notre article 51 ne faisait que consacrer les principes généraux et les dispositions en vigueur à l'égard des délibérations des conseils de famille. En effet, cet article n'est que la répétition de l'article 883 du code de procédure civile, sauf qu'il proclame l'exécution provisoire de la délibération et qu'il indique le tuteur et le subrogé tuteur comme étant ceux contre lesquels l'action doit être dirigée.

Sur quelles causes l'opposition doit-elle être fondée ?

L'article 51 nous dit que l'opposition peut être fondée soit sur l'insuffisance des garanties ordonnées par le conseil de famille, soit sur leur excès. Mais bien que notre article ne parle pas de cette troisième cause, il faut cependant décider qu'il pourra être également formé opposition à la délibération par laquelle le conseil, usant de la faculté que lui donne la disposition finale de l'article 49, déciderait qu'il n'y a pas lieu de prendre inscription sur les biens du tuteur.

Quelles sont les personnes qui peuvent faire opposition ?

Si l'opposition tend à faire réduire les garanties déterminées par le conseil de famille, notre article 51 dit que l'opposition doit émaner du tuteur et doit être dirigée contre le subrogé tuteur, qui, d'après l'article 420 du code civil, remplace le tuteur quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur. Toutefois, le tuteur ne peut pas former opposition s'il a adhéré à la délibération. Cette adhésion peut être tacite et résulter des actes faits par le tuteur. Le fait par le tuteur d'avoir assisté à la délibération sans protester ne constitue pas une adhésion tacite.

Si l'opposition tend au contraire à faire augmenter les

garanties ou à les créer, si le conseil a dispensé le tuteur d'en fournir, l'opposition émanera soit du subrogé tuteur, soit d'un membre quelconque du conseil de famille et sera dirigée contre le tuteur. Tous les membres du conseil peuvent former opposition, même ceux qui ont adhéré à la décision, car ils ne sont pas liés par l'avis qu'ils ont donné. De plus, parmi les membres du conseil pouvant former opposition, il faut comprendre le juge de paix : cela résulte des travaux préparatoires. En effet, devant le sénat, le ministre de la justice a dit : « Le juge de paix fait partie du conseil de famille ; il est toujours libre de provoquer la révocation de la décision du conseil sur la dispense accordée au tuteur ».

Dans quel délai l'opposition doit-elle être formée ?

La garantie du mineur doit être fixée dans un bref délai : c'est pourquoi la loi exige que l'opposition soit formée dans la huitaine. Elle ajoute que l'opposition ne sera pas suspensive ; ainsi le tuteur, bien qu'il trouve la garantie excessive, doit prendre l'inscription ordonnée. Le délai de huitaine, comme l'indique clairement le texte de l'article 51, court dès le jour de la délibération, même quand le tuteur dûment appelé n'a pas assisté à cette délibération. Cependant, on a essayé de soutenir que, dans ce dernier cas, le délai ne court que du jour où le tuteur a eu connaissance de la délibération ; mais les travaux préparatoires ne nous permettent pas d'admettre cette opinion. En effet, le ministre de la justice a dit à ce sujet devant la chambre des représentants : « D'ordinaire, le tuteur sera présent ; mais comme surcroît de garantie, on oblige le conseil de famille à l'entendre ou à l'appeler. Il est donc prévenu que des mesures ont été prises pour la garantie de sa gestion et qu'il a un délai fixé par la loi pour se pourvoir contre la décision du conseil de famille : il n'y a

donc pas de raison pour prolonger ce délai dans le cas où le tuteur n'aurait pas assisté au conseil de famille ».

Quelle est la procédure de l'opposition ?

La demande en opposition doit être portée devant le tribunal civil dans l'arrondissement duquel l'assemblée du conseil de famille a été tenue. L'opposant doit signifier à celui que l'article 51 lui donne comme contradicteur copie de la délibération avec assignation à comparaître devant le tribunal dans le délai légal. Le tribunal statue comme en matière sommaire. Le ministère public doit être entendu et le jugement rendu contradictoirement avec lui. La cause n'est donc pas simplement communicable, le procureur du roi est partie dans l'instance, et, dès lors, il pourra interjeter appel.

§ IV. *Comment le conseil de famille doit-il faire la spécialisation ?*

L'article 49 dit : «... le conseil de famille fixera la somme pour laquelle il sera pris inscription hypothécaire; il désignera les immeubles sur lesquels cette inscription devra être requise... ». La tâche du conseil de famille est donc double : il doit déterminer les créances pour lesquelles l'inscription sera prise et les immeubles qui seront grevés par cette inscription. La spécialisation sera donc faite à un moment où l'on ne connaît ni le chiffre exact de la fortune du mineur, ni la créance qu'il pourra avoir contre son tuteur de ce chef et à raison de la gestion tutélaire : déterminer ainsi au début de la tutelle la somme à concurrence de laquelle le mineur pourra exercer son droit hypothécaire est une mesure dont la réalisation présente de sérieuses difficultés. Aussi l'article 49 énonce les circonstances auxquelles le conseil de famille doit avoir égard pour faire cette spécialisation.

La première de ces circonstances est le plus ou moins de

fortune du mineur, car il va de soi que la garantie doit être mesurée à l'importance des valeurs à garantir. Malheureusement, à l'ouverture de la tutelle, il est le plus souvent impossible d'avoir sur cette fortune des données certaines, car en général elle se compose du montant de la succession s'ouvrant au profit du mineur par le même fait que celui qui a donné naissance à la tutelle. Nous avons vu qu'à ce sujet M. de Vatismesnil, rapporteur de la commission de l'assemblée législative, fit admettre qu'on pourrait prendre une inscription indéterminée sur les biens du tuteur, inscription que le tuteur pourrait plus tard faire spécialiser quand l'inventaire aurait été fait. Nous ne trouvons rien de semblable dans la loi belge et il en résultera que la fixation de la somme pour laquelle l'inscription doit être prise sera le plus souvent arbitraire et inexacte. Si le conseil de famille reconnaît plus tard que la somme est insuffisante, il pourra prendre une nouvelle délibération pour la faire majorer, et si elle est excessive, le tuteur pourra se pourvoir pour la faire diminuer. C'est le seul expédient que permette le silence des textes ; cependant on s'est demandé si dans ce cas le conseil de famille ne pouvait pas s'abstenir de se prononcer sur l'hypothèque légale au moment où il procède à la nomination du tuteur, car dans le cas d'une succession échue au mineur en même temps que s'ouvre la tutelle, les intérêts de l'incapable ne peuvent pas être compromis par le retard à se prononcer sur l'hypothèque légale : en effet, le juge de paix doit apposer les scellés, et ces scellés ne peuvent être levés avant que le mineur ait été pourvu d'un tuteur ; de plus, jusqu'à la levée des scellés, le tuteur ne peut faire aucun acte de gestion : le conseil de famille pourrait donc surscoir sans inconvénient à se prononcer sur l'hypothèque légale jusqu'après la levée des scellés et alors la fortune du mineur lui serait connue. Mais

le texte de l'article 49 nous interdit d'admettre cette solution, car il veut que les garanties soient données au moment même de la nomination du tuteur et avant l'entrée en exercice de celui-ci; or la levée des scellés et l'inventaire sont des actes de tutelle et si le conseil pouvait surscoir à la fixation des garanties jusqu'àprès l'accomplissement de ces actes, il autoriserait le tuteur à faire un acte de tutelle que la loi lui interdit.

La seconde circonstance dont doit tenir compte le conseil de famille est la nature des valeurs dont se compose la fortune du mineur. On conçoit, en effet, que les risques contre lesquels celui-ci a besoin d'être protégé varient selon que les biens dont la gestion est confiée au tuteur peuvent ou non être facilement aliénés ou dissipés par ce dernier ou subir des dégradations ou un dépérissement. A ce sujet, le rapporteur de la commission de la chambre des représentants a déclaré que l'inscription de l'hypothèque légale est inutile si le mineur ne possède que des immeubles. Mais la doctrine et la jurisprudence belges sont d'un avis absolument contraire et admettent que les immeubles doivent entrer dans le calcul de la somme à fixer par le conseil de famille. Sans doute, en effet, les immeubles n'étant aliénables par le tuteur que dans certaines circonstances, avec des formalités suffisamment protectrices par elles-mêmes, le mineur n'est exposé sous ce rapport à aucun préjudice auquel il faille parer dès la première réunion du conseil de famille. Mais, si le pouvoir d'aliénation du tuteur ne doit éveiller ici aucune crainte, il n'en est plus de même de ses obligations d'administrateur. S'il les néglige ou s'il s'en acquitte mal ou s'il les dépasse, sa conduite donnera ouverture à des dommages-intérêts pour lesquels le mineur ne doit pas être sans garantie.

En troisième et dernier lieu, notre article 49 prescrit au

conseil de famille d'avoir égard, pour la fixation de la somme, aux éventualités de la responsabilité du tuteur. La loi permet donc de grever les biens du tuteur d'inscriptions pour assurer le paiement de créances que le mineur n'aura peut-être jamais; cette disposition est très dangereuse pour le crédit du tuteur, aussi l'application de la loi doit-elle se faire avec une grande circonspection. Faut-il comprendre dans ses éventualités les successions auxquelles le mineur est appelé comme héritier présomptif? Nous ne le croyons pas; en effet, l'article 49 ne parle que de la fortune du mineur, c'est-à-dire des biens qu'il possède au moment de la spécialisation, et les successions futures ne sont que des espérances. De plus l'article 49 veut que pour la détermination de la somme à garantir le conseil ait égard à la nature des valeurs dont le patrimoine du mineur se compose; or le conseil ne peut pas prévoir quelle sera la quotité des meubles et des immeubles dans les successions futures. Enfin l'article 58 permet au conseil d'exiger une inscription supplémentaire dans les cas où la garantie devient insuffisante au cours de la tutelle; cette disposition serait donc inutile si le conseil devait, dans sa première délibération, fixer la garantie en tenant compte de toutes les éventualités pouvant augmenter la fortune du mineur.

Après avoir fixé la somme pour laquelle il sera pris inscription hypothécaire, le conseil doit désigner les immeubles sur lesquels portera l'inscription. Cette seconde partie du travail auquel doit se livrer le conseil n'est pas plus facile que la première, car en général le tuteur ne donnera que de très mauvaise grâce les renseignements qui sont nécessaires à la spécialisation des immeubles. Il faut que le conseil soit fixé sur le point de savoir si le tuteur a des immenbles, quels ils sont, où ils sont situés, quelle est leur valeur, s'ils sont

ou non grevés d'hypothèques. Le plus souvent le conseil en sera réduit à résoudre lui-même ces questions, devant le mauvais vouloir du tuteur, il en résultera des lenteurs et jusqu'au moment où une décision interviendra le mineur se trouvera sans garantie.

SECTION III

DISPENSE DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

L'article 49-2° est ainsi conçu : « Le conseil de famille pourra, d'après les circonstances, déclarer qu'il ne sera pris aucune inscription sur les biens du tuteur. Cette déclaration n'aura d'effet que jusqu'à révocation ».

Cette disposition fut admise sur la proposition du ministre de la justice, et M. Lelièvre, qui fit le rapport à ce sujet au nom de la commission de la chambre des représentants, s'exprima en ces termes : « M. le Ministre de la Justice a appelé l'attention de la commission sur la question de savoir s'il ne serait pas convenable d'autoriser le conseil de famille à déclarer dans certains cas qu'il ne sera pris aucune inscription contre le tuteur. La commission a pensé qu'une disposition de ce genre doit être inscrite dans la loi. Il peut exister des hypothèses où l'inscription est inutile, par exemple, si le mineur ne possède que des immeubles ; d'un autre côté, il est possible que le mineur ait un avoir si peu important que ses intérêts bien entendus exigent que l'on dispense d'une mesure entraînant des dépenses inutiles, alors que le tuteur présente du reste, par sa position et sa moralité, des garanties suffisantes.

Cette faculté laissée au conseil de famille n'implique pas le droit de renoncer à l'hypothèque légale, car c'est la loi qui donne au mineur une hypothèque en raison de son inca-

pacité, cette hypothèque est donc d'ordre public et il est admis que les particuliers ne peuvent pas déroger aux lois d'ordre public. De plus si le conseil de famille pouvait renoncer à l'hypothèque du mineur, celle-ci serait éteinte et par conséquent il ne pourrait plus revenir sur sa délibération et enjoindre l'inscription, droit que lui reconnaît l'article 49 *in fine*.

Les auteurs et la jurisprudence sont en désaccord pour savoir quand la dispense peut être accordée : la jurisprudence contient des jugements absolument contradictoires à ce sujet.

Notre article 49-2° dit que le conseil de famille pourra dispenser le tuteur de l'inscription *d'après les circonstances*. Cette disposition est bien vague et ne nous donne aucun éclaircissement. Nous avons vu plus haut que, d'après M. Lelièvre, la dispense ne devait être accordée que lorsque la fortune du mineur est purement immobilière ou qu'elle est trop minime. Or, nous avons dit qu'à notre avis le conseil de famille devait faire entrer en ligne de compte la fortune immobilière du mineur pour fixer le montant de la somme à garantie. Il reste donc un seul cas où la dispense pourra être accordée, savoir celui de la modicité de la fortune du mineur et la difficulté qui divise la doctrine et la jurisprudence est de savoir si le tuteur ne pourra bénéficier de la dispense que dans cette seule hypothèse ou au contraire s'il ne faut pas entendre l'article 49-2° dans un sens général et dire que la dispense pourra être octroyée aussi bien dans l'intérêt du tuteur que dans celui du pupille, quand par exemple le tuteur présente des garanties de moralité, de probité et de solvabilité.

Quant à nous, nous ne sommes pas porté à admettre cette dernière opinion, car les conseils de famille auraient une ten-

dance à dispenser trop facilement le tuteur de l'hypothèque et de faire de cette dispense la règle générale, alors qu'elle ne doit être qu'une exception ⁽¹⁾.

Quoi qu'il en soit, la dispense d'inscription que le conseil de famille accorde au tuteur au début de la tutelle peut être révoquée pendant le cours de celle-ci, car les circonstances qui avaient justifié la dispense peuvent changer et par suite une inscription hypothécaire peut devenir indispensable. Le droit du conseil de famille de révoquer sa première déclaration et de prendre une délibération nouvelle est absolu et n'est subordonné à aucune condition : il n'est pas nécessaire, en effet, que le conseil justifie d'un changement de situation dans le patrimoine de l'incapable ou dans la position du tuteur.

SECTION IV

PUBLICITÉ DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

L'hypothèque légale du mineur, comme toutes les hypothèques en Belgique, est soumise à la publicité : elle ne prend rang que du jour de son inscription : de ce jour seulement datera la garantie du mineur. Il importe donc que cette inscription soit rapidement prise après la délibération du conseil de famille par laquelle cette assemblée a procédé à la

(¹) Ce résultat devait fatalement se produire, comme nous le montre une circulaire du 17 juin 1854 du ministre de la justice dans laquelle il dit : « Divers rapports relatifs à l'exécution de la loi du 16 décembre 1851, sur le régime hypothécaire, m'ont signalé l'abus que font les conseils de famille du § 2 de l'article 49 de cette loi qui leur permet de dispenser le tuteur de l'inscription sur ses biens... Pour ramener les conseils de famille à une plus stricte observance de la loi, MM. les juges de paix voudront bien user de leur influence personnelle sur les membres de ces assemblées pour les engager à sauvegarder les intérêts des mineurs et ils se rappelleront aussi qu'ils peuvent, aux termes des articles 883 du code de procédure civile et 51 de la loi nouvelle, se pourvoir contre toute délibération qui ne serait pas conforme à leur avis ».

spécialisation quant aux créances et quant aux immeubles; et il est nécessaire également que l'on possède l'assurance que l'hypothèque du mineur sera certainement rendue publique.

Quant au premier point, la loi belge n'indique pas de délai dans lequel cette inscription doit être reprise.

Quant au deuxième point, elle contient des dispositions tendant à assurer l'inscription de l'hypothèque du mineur.

Tout d'abord elle charge certaines personnes de procéder à cette formalité et cela sous peine de certaines sanctions qu'elle indique.

C'est le tuteur qui est chargé en première ligne de requérir l'inscription en vertu de la délibération du conseil de famille (art. 52); il est bizarre que ce soit le débiteur lui-même qui soit tenu de requérir inscription sur ses biens; mais, de même que le tuteur doit exiger de lui-même ce qu'il doit à son pupille, de même le législateur belge a pensé que le tuteur pourrait lui-même grever ses biens au profit du mineur, dont il a mission de sauvegarder tous les droits.

Si le tuteur ne remplit pas l'obligation qui lui est imposée, les auteurs de la loi lui appliquent la pénalité établie par l'article 421 du code civil; si le tuteur néglige de convoquer, avant d'entrer en fonctions, le conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur, l'article 52-2° dispose, en effet, que s'il s'ingère dans la gestion avant que l'inscription ait été prise, le conseil de famille, convoqué soit sur la réquisition des parents ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix, peut lui retirer la tutelle. Cette déchéance est donc facultative pour le conseil de famille, mais pour la prononcer il n'est pas nécessaire, comme dans l'article 421 du code civil, que le tuteur ait agi de mauvaise foi, car l'article 52 ne parle pas de cette condition.

Le subrogé tuteur a pour mission de surveiller l'administration du tuteur et d'agir lui-même quand les intérêts de ce dernier sont opposés à ceux du mineur. Aussi la loi, dans son article 52-3°, lui confère-t-elle la mission de veiller, sous sa responsabilité, à ce que l'inscription soit prise par le tuteur ou de la prendre lui-même. Toute infraction à la loi de la part du subrogé-tuteur le rend passible d'un recours en dommages-intérêts : sous le code civil, il était passible de la même responsabilité quand il avait omis de veiller à ce que l'inscription fût prise par le tuteur ou au besoin de la prendre lui-même, mais alors il était responsable envers les tiers, car le mineur ne souffrait jamais du défaut d'inscription ; sous l'empire de la loi belge, au contraire, il est responsable envers le mineur, car l'absence de publicité ne nuit qu'à ce dernier, les hypothèques légales ne peuvent être opposées aux tiers que si elles sont inscrites. Remarquons toutefois que le recours du mineur contre le subrogé tuteur n'est que subsidiaire. Il est subordonné à la discussion préalable des biens du tuteur, car ce n'est qu'après cette discussion que le juge peut mesurer l'étendue du préjudice causé au mineur.

Après avoir ainsi imposé au tuteur l'obligation de prendre inscription et au subrogé tuteur celle de veiller à l'accomplissement de cette formalité et au besoin de la réaliser lui-même, le législateur, dans son article 53, permet au conseil de famille de commettre spécialement l'un de ses membres pour requérir l'inscription. Dans le cas où le conseil jugera nécessaire d'avoir recours à cette faculté et où la personne chargée par lui de remplir la formalité de l'inscription aura accepté ce mandat, celle-ci sera responsable de son inexécution si les biens du tuteur et du subrogé tuteur, préalablement discutés, ne suffisent pas à remplir le mineur de ses droits. D'ailleurs le conseil de famille peut donner le mandat

à l'un quelconque de ses membres, même au juge de paix ou à son greffier.

Enfin, dans le but de rendre impossibles, avant la prise de l'inscription, la gestion du tuteur ou du moins les actes importants de sa gestion, le législateur, sur la proposition de la commission de la chambre des représentants, a imposé, dans l'article 54, aux greffiers de la justice de paix la défense de délivrer aucune expédition des délibérations des conseils de famille avant qu'il leur ait été dûment justifié que l'inscription a été prise contre le tuteur pour les sommes et sur les immeubles désignés par le conseil de famille. L'article 54 excepte de la prohibition qu'il édicte l'expédition des délibérations relatives à la nomination du tuteur et du subrogé-tuteur ou qui déterminent l'hypothèque; cela va de soi, car s'il en était autrement, le tuteur n'aurait pas pu justifier de sa qualité ni requérir l'inscription. Si le greffier contrevient à cette prohibition, il sera responsable envers le mineur, mais naturellement cette responsabilité sera subordonnée à la discussion préalable des biens du tuteur et du subrogé-tuteur; de plus, l'article 54 dit que le greffier pourra être destitué.

Tel est l'ensemble des dispositions par lesquelles le législateur belge de 1831 a voulu assurer l'inscription de l'hypothèque légale du mineur, mais, à notre avis, il n'a pas atteint le but qu'il s'était proposé, et c'est ce que constate encore la circulaire du 17 juin 1834 du ministre de la justice, dans laquelle ce dernier déclare que divers rapports relatifs à l'exécution de la loi du 16 décembre 1831 lui ont signalé la négligence que l'on apporte à prendre inscription quand celle-ci est ordonnée.

Avec le système de la loi belge, ce résultat était inévitable : tout d'abord, trop de personnes sont chargées de la mission

de requérir inscription, il en résulte qu'elles se reposent les unes sur les autres du soin de s'acquitter de leurs devoirs communs, de sorte qu'elles restent inactives sans qu'on puisse les taxer de mauvaise foi.

De plus, c'est le tuteur lui-même qui est chargé de requérir inscription sur ses biens, on peut être sûr qu'il ne le fera qu'à contre-cœur, et dès lors il fallait établir contre lui une sanction pénale sévère pour le cas où il ne remplirait pas l'obligation que la loi lui impose. Au lieu de cela, le tuteur contrevenant peut simplement être destitué par le conseil de famille, ce qui suppose encore que celui-ci agira ; il était facile au contraire de prévoir l'inaction de ce conseil, car il est aussi coupable que le tuteur lui-même, la loi lui accordant la faculté d'inscrire l'hypothèque du mineur sans l'intervention du tuteur.

Enfin la prohibition imposée aux greffiers sera le plus souvent inefficace pour assurer l'inscription de l'hypothèque du mineur : cette disposition suppose en effet qu'il y a des délibérations du conseil de famille dont le tuteur doit avoir une expédition et le tuteur n'est obligé d'avoir cette expédition que pour les actes qui dépassent son administration ; or il peut se faire qu'au cours d'une tutelle aucun acte de ce genre ne se présente, il peut se faire encore qu'au moment où le conseil prend une délibération dont l'expédition sera nécessaire au tuteur, le préjudice résultant pour le mineur du défaut d'inscription soit déjà consommé, si par exemple le tuteur a avant cette délibération hypothéqué ou aliéné ses biens.

Au lieu de tout ce luxe de tant de dispositions, il aurait été bien préférable de n'en édicter qu'une, par laquelle on aurait astreint une seule personne à prendre inscription au nom du mineur, en la choisissant parmi des individus étrangers au tuteur et qui n'auraient pas eu d'intérêt à le ménager et en éta-

blissant contre elle des peines extrêmement sévères au cas où elle ne remplirait pas son obligation, en chargeant par exemple de l'accomplissement de la formalité de l'inscription le juge de paix, président du conseil de famille qui spécialise l'hypothèque, ou le greffier de ce magistrat qui assiste à la réunion de cette assemblée ; c'est ce qu'avait fort bien compris la commission de l'Assemblée législative française de 1850, qui, dans son projet, ordonnait au greffier, dans la huitaine de la délibération du conseil de famille, de requérir inscription au profit du mineur, sous peine de 100 francs d'amende et même de destitution.

CHAPITRE III

DES GARANTIES SUPPLÉTIVES OU COMPLÉMENTAIRES DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

Le régime hypothécaire du code civil, en faisant reposer sur l'hypothèque légale la protection tout entière des mineurs, laisse ceux-ci sans garantie aucune lorsque leur tuteur ne possède pas d'immeubles ou n'en possède que d'insuffisants. La loi belge du 16 décembre 1851 a comblé cette lacune en décidant que, dans ces deux cas, le conseil de famille pourrait prendre certaines mesures en faveur des incapables : ces mesures sont le versement à la caisse des consignations de certains capitaux et la désignation de l'emploi qui doit être fait de ces capitaux après leur retrait de la caisse des consignations.

Dans quels cas le conseil de famille peut-il ordonner ces mesures ?

Le conseil de famille peut ordonner ces mesures dans trois cas : 1° quand, lors de la délibération par laquelle le conseil de famille spécialise l'hypothèque du mineur, il est reconnu que le tuteur ne possède pas d'immeubles; c'est le cas prévu par l'article 33; 2° quand, lors de cette même délibération, le tuteur ne possède pas les immeubles suffisants pour donner pleine garantie au mineur; c'est le cas prévu par l'article 36; 3° quand les immeubles donnés en garantie deviennent insuffisants au cours de la tutelle pour assurer la protection du mineur et que le tuteur ne possède pas d'autres immeubles; c'est ce que dit l'article 59.

En dehors de ces trois cas, le conseil de famille ne peut pas exiger d'autres garanties que celles qui dérivent pour le mineur de son hypothèque légale. Il en résulte que lorsque le tuteur a fourni une garantie hypothécaire suffisante, le conseil de famille ne peut pas lui imposer contre son gré le versement des capitaux du mineur à la caisse des consignations.

Cependant les auteurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir si le conseil de famille, après avoir autorisé le tuteur à ne pas prendre inscription sur ses biens, peut cependant lui imposer d'autres mesures destinées à suppléer au défaut d'hypothèque. A notre avis, le conseil de famille n'a pas cette liberté : en effet, les garanties auxquelles il faut recourir en vertu des articles 55, 56 et 58 ne constituent qu'un pis-aller; aux yeux du législateur, la principale garantie du mineur consiste dans l'hypothèque et ce qui le prouve bien, c'est que la loi belge contient une disposition aux termes de laquelle, si le conseil de famille a été obligé de recourir à des garanties supplétives par suite de l'absence ou de l'insuffisance des immeubles du tuteur, ce conseil devra abandonner ces garanties pour s'en tenir à l'hypothèque, si plus tard le tuteur

vient à acquérir des immeubles. De plus, d'après l'article 49, le conseil de famille doit ou exiger du tuteur une garantie hypothécaire ou l'en dispenser; c'est là une alternative dans laquelle le conseil doit se renfermer, car il s'agit d'une disposition légale qui concerne les incapables et qui, en conséquence, est d'ordre public : si donc le conseil dispense le tuteur de fournir hypothèque, il ne peut lui imposer aucune mesure qui remplacerait cette garantie. Enfin l'emploi des capitaux pupillaires rentre dans les pouvoirs d'administration confiés au tuteur par l'article 450-2° du code civil; or les règles de la tutelle étant d'ordre public, le conseil de famille ne peut y déroger que dans les cas expressément visés par la loi, et la loi n'autorise le conseil de famille à fixer le mode d'emploi des capitaux pupillaires que dans les hypothèses d'absence ou d'insuffisance des immeubles du tuteur : si donc le tuteur possède des immeubles suffisants pour assurer la garantie de l'incapable, le conseil ne pourra avoir recours qu'à l'article 49 et décider ou bien qu'une hypothèque sera inscrite, ou bien qu'elle ne le sera pas.

Pour combattre l'opinion que nous adoptons, on dit que la faculté donnée au conseil de famille par l'article 49 de dispenser le tuteur de prendre inscription sur ses biens ne lui a été accordée qu'à la condition que le mineur se trouverait protégé par d'autres mesures; ce que la loi a voulu, ajoute-t-on, c'est assurer la sécurité des mineurs, quels que soient les moyens employés : le conseil de famille pourrait donc, après avoir dispensé le tuteur de l'hypothèque, lui imposer les mesures prescrites dans les articles 55 et s., ou même d'autres mesures telles qu'une caution hypothécaire ou une caution simple, ou le versement des fonds pupillaires dans une banque avec défense de rembourser au tuteur. Cette théorie nous paraît inadmissible : la loi de 1851 se

suffit à elle-même pour assurer la protection des incapables et on ne peut pas chercher en dehors d'elle les moyens de garantir les mineurs; nous avons dit quel était son système, force nous est bien de nous y tenir.

Enfin à côté de ces deux systèmes opposés nous trouvons un système mixte : ce que le conseil de famille ne peut pas faire, le tuteur, lui, pourrait le réaliser; ainsi ce dernier, au lieu de laisser prendre hypothèque, pourrait verser à la caisse des consignations la somme jusqu'à concurrence de laquelle le conseil de famille a jugé la garantie nécessaire; mais ce système n'est pas, à notre avis, plus acceptable que le précédent, car il ne trouve aucune base dans la loi de 1851.

En quoi consistent les garanties supplétives ou complémentaires de l'hypothèque légale du mineur?

Nous avons vu, dans le chapitre premier de ce titre, que la commission spéciale avait dit : « La commission a pensé que si le tuteur ne possède pas d'immeubles, il devra être astreint à verser immédiatement dans une caisse publique toutes les valeurs mobilières disponibles du pupille, à moins qu'il n'ait été préalablement autorisé à employer ces valeurs soit à l'acquittement des dettes du mineur, soit en acquisition d'immeubles ou en achat d'effets publics en nom. Il est encore possible que le tuteur ne possède pas des immeubles suffisants pour garantir la totalité de sa gestion; cette insuffisance étant constatée, le conseil de famille fixera à l'ouverture même de la tutelle le chiffre au delà duquel les valeurs mobilières du pupille devront être consignées ». En conséquence, le projet de la commission spéciale qui devint celui du gouvernement contenait deux articles aux termes desquels, si l'absence d'immeubles ou leur insuffisance était reconnue par le conseil de famille, le tuteur devait toujours

dans le premier cas verser tous les capitaux mobiliers du pupille à la caisse des consignations et dans le second verser à cette caisse les capitaux désignés par le conseil de famille. L'obligation de déposer les capitaux était donc légale et le tuteur ne pouvait pas en être affranchi par le conseil de famille. Malheureusement la chambre des représentants vota un amendement qui lui fut présenté par le ministre de la justice et d'après lequel l'obligation du dépôt à la caisse des consignations, au lieu d'être légale, pouvait être simplement imposée par le conseil de famille; cette obligation devint donc facultative et c'est ce que consacrent les articles 55 et 56 de la loi quand ils disent qu'en cas d'absence d'immeubles ou de leur insuffisance, le conseil de famille *pourra* ordonner le dépôt des valeurs mobilières du pupille à la caisse des consignations. Ces dispositions sont certainement moins bonnes que celles qu'elles remplacèrent, car les conseils de famille, dans la crainte de désobliger les tuteurs, reculeront le plus souvent devant les mesures que leur permettent de prendre les articles 55 et suivants, le caractère de ces mesures étant empreinte d'une défiance envers les tuteurs.

Ce que le tuteur doit verser à la caisse des dépôts et consignations ce sont tous les capitaux du mineur, plus l'excédent des dépenses sur les revenus, le montant des dépenses annuelles devant être fixé au début de la tutelle par le conseil de famille.

Remarquons toutefois que l'obligation du tuteur n'est pas accompagnée d'une sanction efficace : c'est le tuteur, en effet, qui est chargé de faire le versement; mais qu'arrivera-t-il si le tuteur ne le fait pas? Le conseil de famille pourra-t-il le destituer. D'après l'article 444 du Code civil, cette exclusion ne peut être prononcée que pour trois causes : pour l'inconduite notoire, pour l'incapacité et pour l'infidélité; il serait

difficile de faire rentrer notre cas dans l'une de ces trois hypothèses; tout au plus pourra-t-on le faire rentrer dans l'hypothèse de l'infidélité quand le tuteur a été de mauvaise foi et a causé un préjudice au mineur en s'abstenant de consigner.

La loi ajoute que le versement a lieu à la diligence du subrogé tuteur; si le tuteur tarde à effectuer la consignation, il pourra sans aucun doute s'adresser à la justice pour le forcer à s'exécuter. Mais le subrogé tuteur engage-t-il sa responsabilité personnelle en ne veillant pas à l'exécution de la délibération ordonnant la consignation? Il est évident qu'il en est ainsi dans le cas de fraude de sa part. Mais il en est autrement en cas d'absence de tout dol car, en règle générale, le subrogé tuteur n'est responsable que de l'accomplissement des obligations qui lui sont imposées expressément par une disposition légale à peine de dommages-intérêts; or notre article n'édicte pas semblable pénalité.

Enfin le conseil de famille peut, pour plus de sûreté, déléguer un de ses membres pour faire opérer la consignation ordonnée.

Quand le conseil de famille a prescrit au tuteur de consigner les capitaux disponibles du mineur, il est interdit à cet administrateur de les retirer à son gré de la caisse des dépôts et consignations. Pour les en faire sortir, il doit avoir l'autorisation du conseil de famille, et encore cette autorisation doit-elle fixer l'emploi à faire des capitaux de l'une des manières énoncées par l'article 57.

D'après les articles 455 et 456 du code civil, le conseil de famille doit déterminer quand il faut faire emploi des fonds du pupille, mais le code ne prescrit rien quant à la nature de cet emploi. Le conseil de famille peut désigner l'emploi, mais en général on s'en rapporte au tuteur pour le choix de cet

emploi. La loi belge modifie gravement le code sur ce point : tout d'abord le conseil de famille doit fixer l'emploi qui sera fait : le tuteur a donc ici les mains liées, il ne choisit pas, il exécute ; de plus, notre article 37 pose une limite à la libre détermination du conseil de famille : les emplois qu'il peut ordonner sont limitativement énumérés par la loi. Pour justifier cette double restriction, la commission du sénat disait : « Cette restriction au pouvoir du tuteur est prudente ; il est naturel que le conseil assure le bon emploi des deniers du mineur alors qu'en cas de perte la responsabilité du tuteur qui n'a pas fourni d'hypothèque pourrait être illusoire ».

Quels sont donc les emplois que peut ordonner le conseil de famille ?

La commission spéciale n'autorisait le conseil de famille à employer les valeurs du pupille que soit à l'acquittement des dettes du pupille, soit en acquisitions d'immeubles ou en achats d'effets publics nominatifs. La loi, telle qu'elle fut votée, permet au conseil d'autoriser le retrait des capitaux du pupille tout d'abord pour l'acquittement des dettes du mineur, et ces mots doivent être interprétés très largement : les dettes du mineur sont celles qui sont antérieures comme celles qui sont postérieures à la tutelle, les dettes immobilières comme les dettes personnelles ; puis, pour l'acquisition d'un immeuble ou de rentes sur l'Etat et il faut remarquer que la loi n'exige plus que ces rentes soient nominatives ; toutefois le conseil de famille, pour plus de garanties, pourrait imposer cette condition au tuteur ; enfin pour prêts sur privilège immobilier ou sur première hypothèque.

Pour pouvoir obtenir le remboursement des deniers, le tuteur doit présenter à l'agent de la caisse une expédition de la délibération du conseil de famille qui a autorisé le retrait et fixé l'emploi.

Mais qui va garantir que l'emploi sera fait selon les intentions du conseil de famille, quand les fonds seront rentrés dans les mains du tuteur? Dans son rapport, la commission du sénat avait proposé une disposition additionnelle à l'article : elle voulait que l'emploi fût fait à l'intervention du subrogé tuteur; mais elle renonça à cette mesure de précaution sur les observations du ministre de la justice; celui-ci estimait en effet que la mission de surveillance donnée d'une manière générale au subrogé tuteur le mettait suffisamment à même d'agir si l'intérêt du mineur l'exigeait. La surveillance du subrogé tuteur existera donc en vertu du droit commun : il pourra exiger la preuve que l'emploi a été fait et, à défaut de cette preuve, recourir aux tribunaux; mais sa responsabilité reste aussi celle du droit commun.

Le versement des capitaux disponibles du mineur à la caisse des consignations n'a qu'un caractère provisoire : L'article 59 dispose en effet que si, dans le cas des articles 57 et 58, il survient postérieurement des immeubles au tuteur, il sera procédé à la spécialisation et à l'inscription de l'hypothèque comme il est dit aux articles 49 et suivants. Dans ce cas, si une hypothèque suffisante pour répondre de la totalité de la gestion tutélaire a été inscrite, la mesure de la consignation tombe, sans quoi elle ferait emploi avec la garantie hypothécaire; il n'est pas nécessaire que le conseil de famille révoque de façon expresse l'ordre de consigner pour que le tuteur puisse obtenir la remise des fonds du mineur; malgré le silence de ce conseil, le tuteur pourra obtenir cette remise en présentant le procès-verbal de la délibération du conseil et le bordereau de l'inscription de l'hypothèque prise sur ses nouveaux immeubles.

CHAPITRE IV

DE L'AUGMENTATION ET DE LA RÉDUCTION DES GARANTIES HYPOTHÉCAIRES OU AUTRES

SECTION PREMIÈRE

DE L'AUGMENTATION DES GARANTIES

L'hypothèque constituée à la charge du tuteur sur certains biens et à concurrence d'une somme fixée par le conseil de famille peut devenir insuffisante à raison de diverses circonstances. Tout d'abord, la fortune du mineur peut s'accroître au cours de la tutelle, par exemple par un legs, par un héritage ou par tout autre événement favorable à sa situation pécuniaire; de plus, les biens donnés en hypothèque par le tuteur peuvent éprouver des détériorations qui diminuent leur valeur; enfin il se peut qu'à l'ouverture de la tutelle, quand le conseil de famille a spécialisé l'hypothèque du mineur, la fortune de l'incapable n'ait pas été connue de façon exacte, que le conseil l'ait évaluée trop bas, et que, par suite, il ait exigé du tuteur une garantie hypothécaire trop minime.

L'article 58 pourvoit à la nécessité de donner un supplément de garantie au mineur au cas où elle est devenue insuffisante au cours de la tutelle, en décidant que le conseil de famille pourra exiger ou une augmentation de la somme que devait garantir l'hypothèque ou l'extension de cette hypothèque à d'autres immeubles.

L'article 58 dit que le conseil de famille *pourra* exiger un supplément de garantie; mais la plupart des auteurs belges sont cependant d'avis que cela ne veut pas dire que ce soit

une faculté pour lui; ils disent que c'est au contraire une obligation, à moins que l'on ne se trouve dans des circonstances qui permettent de renoncer à l'inscription; car le conseil a une charge, c'est de veiller toujours aux intérêts du mineur.

Le supplément d'hypothèque peut consister dans une augmentation de la somme pour laquelle inscription a été prise et cela suffira si les immeubles ne sont pas grevés pour toute leur valeur; mais si les inscriptions absorbaient toute la valeur des immeubles, le conseil devrait prendre une inscription nouvelle sur d'autres immeubles du tuteur.

Si le conseil de famille, convoqué pour compléter les garanties déterminées à l'ouverture de la tutelle, reconnaît que le tuteur ne possède pas d'autres immeubles ou n'en possède que d'insuffisants pour assurer entière sécurité au mineur, il pourra recourir à l'expédient de la consignation des capitaux du mineur, comme il peut le faire au début de la tutelle.

Mais qui fera connaître au conseil les faits qui donnent lieu à augmentation des garanties?

Le tuteur est sûrement la première personne qui connaîtra l'insuffisance des garanties qu'il a données; c'est donc lui qui devrait faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur la nécessité d'un supplément de garanties, mais on ne peut pas trop compter sur son zèle en cette occurrence. Si le tuteur n'agit pas, le subrogé tuteur convoquera le conseil en vertu de l'article 420 du code civil qui l'autorise à agir pour les intérêts du mineur quand ils sont en opposition avec ceux du tuteur. Enfin toutes les personnes énumérées dans l'article 406 du code civil, c'est-à-dire les parents du mineur ou ses créanciers ou autres parties intéressées et le juge de paix pourront provoquer la réunion du conseil de famille. Mais ce

n'est que tout à fait exceptionnellement que ces personnes et le subrogé tuteur auront connaissance des faits donnant lieu à augmentation des garanties et on peut dire que, dans ce cas, la protection du mineur sera livrée un peu au hasard. Le projet de loi de la commission de l'Assemblée législative française de 1850 avait été plus prévoyant, et, comme nous l'avons vu plus haut, il contenait une série de dispositions pour faire connaître au conseil de famille les changements survenus dans la condition du mineur.

SECTION II

DE LA RÉDUCTION DES GARANTIES

Il peut se produire le phénomène inverse de celui que nous avons étudié dans la section précédente : les garanties exigées du tuteur à l'ouverture de la tutelle peuvent devenir excessives au cours de son administration : l'excès peut porter soit sur la somme pour laquelle inscription a été prise, soit sur les immeubles grevés d'inscription en vertu de la décision du conseil, soit sur les garanties supplétives ou complémentaires de l'hypothèque légale. Il peut y avoir excès si la fortune du mineur, inconnue lors de la spécialisation, est moindre qu'on ne l'avait cru tout d'abord, si la fortune mobilière du mineur est convertie en immeubles et si la somme à raison de laquelle l'inscription a été prise a été fixée à raison de la nature mobilière des valeurs; enfin la fortune du mineur peut diminuer par suite d'accidents malheureux. Dans tous ces cas, il est juste que la garantie du mineur soit renfermée dans de justes limites.

Tout d'abord ce sont les garanties supplétives ou complémentaires de l'hypothèque légale qui peuvent devenir excessives au cours de la tutelle. Dans ce cas, c'est par elles que

le conseil de famille devra commencer pour la réduction ; car, comme nous l'avons dit plus haut, la loi ne considère ces garanties accessoires que comme un pis aller, auquel on ne doit recourir que si on ne peut pas donner une hypothèque au mineur ou si on ne peut que lui en donner une insuffisante. Si donc les garanties accessoires ne sont pas accompagnées d'une hypothèque, le conseil devra fixer dans quelle mesure elles doivent tomber ; si au contraire elles sont accompagnées d'une hypothèque, le conseil devra d'abord détruire ces garanties pour ne procéder qu'ensuite à la réduction de l'hypothèque.

L'hypothèque peut, au début de la tutelle, avoir constitué une garantie pleine et entière pour le mineur et cette hypothèque peut devenir excessive, ou bien, après avoir fait tomber les garanties accessoires, il se peut que l'hypothèque soit encore excessive. Dans ces deux cas, il faut procéder à la réduction hypothécaire, et c'est l'hypothèse que prévoit l'article 60 qui règle les conditions et les formes de cette réduction.

Qui peut ordonner la réduction de l'hypothèque légale du mineur ?

Aux termes de l'article 2143 du code civil, le tuteur qui veut obtenir la réduction de l'hypothèque qui grève ses biens doit s'adresser aux tribunaux, qui décident après avoir pris l'avis du conseil de famille. Notre article 60 contient une modification au sujet de l'autorité chargée d'autoriser la réduction ; d'après la loi belge, en effet, c'est le conseil de famille qui décide si l'hypothèque doit être ou non réduite. Cependant, on a soutenu que le dernier mourant des père et mère qui nomme un tuteur à son enfant par testament pouvait déclarer que l'hypothèque de son enfant ne porterait que sur certains immeubles et pour une somme que le défunt

aurait déterminée dans son testament; en faveur de cette opinion on disait que le dernier mourant a certainement plus d'affection pour son enfant que le conseil de famille et que, de plus, l'hypothèque testamentaire ayant été introduite par la nouvelle loi dans le droit belge, le testateur pouvait en constituer une au profit de son enfant. Mais cette opinion ne nous paraît pas acceptable, car l'hypothèque est d'ordre public et seule la loi peut nous dire qui déterminera l'hypothèque du mineur et qui pourra la réduire. De plus, l'hypothèque testamentaire dépend de la volonté du testateur, tandis que l'hypothèque légale dépend de la loi toute seule.

Quand le conseil de famille pourra-t-il ordonner la réduction?

L'article 60 dit : « Si les garanties fournies par le tuteur deviennent évidemment excessives... ». Il faut donc un excès évident, c'est-à-dire qu'il ait une importance appréciable; c'est d'ailleurs une question de pur fait que décidera le conseil de famille sous le contrôle de l'autorité judiciaire qui doit homologuer sa décision.

Comment se fera la réduction?

Si la réduction doit avoir lieu par suite de la diminution des droits du mineur, le conseil de famille fixera une somme moindre que celle primitivement déterminée et réduira le nombre d'immeubles grevés à ceux qui seront nécessaires pour assurer la garantie de la nouvelle somme fixée. Mais il se peut qu'il ait été pris inscription sur des immeubles qui ont considérablement augmenté de valeur, alors le conseil de famille ne réduira pas la somme garantie et ne fera qu'ordonner la réduction de l'inscription sur les biens grevés.

Le conseil de famille peut-il décider que l'inscription sera radiée?

Il est évident que, lorsque le mineur a perdu toute sa for-

tune, il n'a plus besoin d'hypothèque; mais en faveur de l'opinion contraire on dit que la loi ne parle que de la restriction de l'hypothèque légale et non pas de sa radiation, et que, de plus, aussi longtemps que dure la tutelle on ne peut pas savoir si le mineur ne sera pas un jour créancier de son tuteur. Nous avons déjà étudié cette question de la radiation à propos de l'hypothèque légale de la femme mariée, pour laquelle nous avons admis la possibilité de la radiation pour des raisons que nous avons alors données et auxquelles nous nous bornons à renvoyer.

La délibération du conseil de famille par laquelle il restreint l'hypothèque fournie par le tuteur est soumise à plusieurs formalités.

Tout d'abord, le subrogé tuteur doit être entendu par le conseil de famille. Cette obligation se comprend aisément et n'est que l'application du droit commun. Le subrogé tuteur doit intervenir chaque fois que les intérêts du tuteur sont en opposition avec ceux du mineur et c'est bien le cas ici.

Ensuite le conseil de famille doit motiver la délibération par laquelle il ordonne la réduction; cela était nécessaire afin que le tribunal qui homologue sa décision sût pour quels motifs le conseil s'est décidé.

Enfin la délibération qui ordonne la réduction doit être homologuée par le tribunal; il a semblé au législateur que cette réduction était un acte assez grave pour justifier l'intervention de la justice.

Remarquons, pour terminer, que lorsque la réduction des sûretés hypothécaires est refusée par le conseil de famille, le tuteur peut en appeler au tribunal selon les règles établies par l'article 883 du code de procédure, et que la réduction ordonnée par le conseil de famille est toujours sujette à révocation de sa part, si les circonstances qui ont motivé cette réduction viennent à changer.

CHAPITRE V

DES GARANTIES INDÉPENDANTES DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

La loi belge du 16 décembre 1851 a édicté deux mesures spéciales relatives à la protection des mineurs et qui trouvent toujours leur application, que le tuteur ait fourni ou non des garanties hypothécaires ou supplétives et complémentaires de cette hypothèque. Ce sont plutôt des règles qui restreignent la capacité du tuteur que des mesures tendant à protéger les mineurs; mais il n'en est pas moins vrai que ces règles, en diminuant les pouvoirs du tuteur, diminuent également les risques que court le pupille et que par là la protection est rendue plus efficace.

La première de ces mesures a pour but de rendre le tuteur moins indépendant du conseil de famille à qui l'on veut assurer un pouvoir de contrôle qu'il n'avait pas sous le code civil. Sous l'empire du code, en effet, l'article 470 permettait au subrogé tuteur d'exiger du tuteur une fois l'an au maximum, un état de la situation de sa gestion si le conseil de famille l'exigeait. La loi belge a ajouté un article additionnel ainsi conçu à l'article 470 : « Le conseil de famille pourra exiger que le même compte lui soit rendu aux époques qu'il fixera lors de l'ouverture de la tutelle ». Ainsi donc, d'après cette addition, c'est le conseil de famille qui pourra, s'il le désire, contrôler la gestion du tuteur. Le rapporteur de la commission de la chambre des représentants avait dit au sujet de cette disposition : « Sous le code civil, le conseil de famille ne peut s'immiscer dans l'administration du tuteur, si ce n'est pour prononcer, le cas échéant, sa destitution. Désormais, il exercera, sur tous les actes du tuteur, une surveillance incessante ».

sante, sous la direction d'un magistrat digne de toute confiance. A notre avis, il y a, dans cet ordre de choses, des sûretés plus réelles et plus sérieuses que dans l'existence d'une hypothèque légale ».

La seconde mesure a pour but de restreindre les pouvoirs d'administration du tuteur. D'après les règles de la tutelle telles que les pose le code civil, la réception de ce qui est dû au mineur est de sa nature un acte de pure administration, qu'il fait seul sans aucune formalité, car aucun texte ne restreint sa capacité à cet égard. L'article 61 de la loi hypothécaire belge apporte une modification considérable à ce pouvoir, du moins en ce qui touche au remboursement de capitaux non exigibles au moment de la libération : il y avait à craindre dans ce cas une connivence possible entre le tuteur et un débiteur du pupille; aussi notre article déclare que si le capital remboursé au pupille dans la personne du tuteur n'est pas exigible au moment de la libération et ne doit l'être qu'après la majorité du mineur, l'acte passé par le tuteur n'est plus un acte de pure administration, qu'il ait fourni ou non une garantie hypothécaire ou autre; l'assistance du subrogé tuteur est requise : il doit intervenir dans la quittance, sans quoi le mineur pourrait prétendre plus tard que son débiteur a mal payé et ne s'est pas libéré vis-à-vis de lui. Cette disposition se comprend aisément. Ce recouvrement anticipé des créances est un acte beaucoup plus grave que leur réception régulière; de plus, cette mesure était indispensable sous l'empire de la nouvelle loi belge, le mineur n'ayant plus qu'une hypothèque limitée par son conseil de famille d'après les éventualités normales de la responsabilité tutélaire et dans lesquelles on ne peut pas faire rentrer un événement aussi imprévu que le remboursement d'une créance avant son échéance.

La disposition de l'article 61 s'applique à toutes les créances non remboursables au cours de la tutelle, c'est-à-dire aux capitaux non exigibles par leur nature, comme les rentes et les créances à terme, dont le terme est fixé à une époque postérieure à la majorité du pupille : les créances à terme venant à échéance pendant la tutelle pourront donc être touchées par le tuteur avant l'échéance sans aucune formalité.

Le tuteur ne peut donc pas recevoir le remboursement de ces capitaux sans l'assistance du subrogé tuteur ; mais il peut arriver que ce dernier refuse son assistance sans motif plausible, dans ce cas le tuteur pourra se pourvoir devant le conseil de famille et même, s'il est nécessaire, devant le tribunal afin de vaincre le mauvais vouloir du subrogé tuteur.

Non seulement le tuteur ne peut pas recevoir le remboursement des capitaux non exigibles sans l'assistance du subrogé tuteur, mais il ne peut pas non plus les employer à son gré, car il fallait assurer la conservation de ces capitaux et l'hypothèque spécialisée au début de la tutelle n'est probablement pas suffisante pour assurer cette conservation ; aussi notre article oblige le tuteur à déposer les capitaux non exigibles qu'il a cependant recouvrés à la caisse des dépôts et consignations, et le subrogé tuteur doit surveiller ce versement sous sa responsabilité personnelle.

Toutefois le versement à la caisse des dépôts et consignations ne doit pas avoir lieu si le conseil de famille, que le tuteur doit avoir consulté à ce sujet avant le remboursement, a autorisé le tuteur à faire des capitaux un emploi déterminé par la délibération. Mais l'article 61 est plus large que l'article 57 au sujet du mode d'emploi que le conseil de famille peut autoriser ; tout d'abord, il dit que le conseil de famille peut ordonner que l'emploi soit fait de l'une des façons indiquées dans l'article 55 (la mention de cet article 55 est une

erreur qui provient de ce que dans la rédaction primitive cet article 53 déterminait les différents modes d'emploi autorisés qui sont devenus l'objet de l'article 57 dans la loi), mais il ajoute que le tuteur peut être autorisé à conserver ces capitaux et à les faire valoir ; toutefois, dans ce dernier cas, le conseil de famille, aux termes de notre article, peut subordonner son autorisation à la condition que le tuteur fournira une hypothèque ou un cautionnement.

CHAPITRE VI

DU CONTRÔLE DES TUTELLES PAR LA MAGISTRATURE

Pour assurer l'exécution des mesures que la loi belge prescrit relativement à la spécialisation de l'inscription de l'hypothèque du mineur, l'article 63 fait intervenir l'autorité judiciaire. Cet article 63 est la reproduction pure et simple de l'article 2155 du projet de loi élaboré par le gouvernement français en 1850 ; nous avons mentionné plus haut l'existence de cette disposition en ajoutant qu'elle ne figurait pas dans le projet de loi de la commission de l'assemblée législative.

Cette intervention judiciaire dans la protection des mineurs était indispensable dans la loi belge : il est bien vrai que cette protection est légale dans son essence ; mais pour devenir efficace elle a besoin, comme nous l'avons vu dans les chapitres précédents, d'être réglementée par les conseils de famille : les mineurs ont une hypothèque légale sur les biens de leurs tuteurs ; mais cette garantie peut être réduite à néant, si le conseil de famille dispense le tuteur de l'inscription de l'hypothèque, ou s'il ordonne de prendre inscrip-

tion pour une somme insuffisante ou sur une quantité d'immeubles trop faible. De plus, lorsque le tuteur ne possède pas d'immeubles ou qu'il n'en possède que d'insuffisants pour répondre de la totalité de sa gestion, le conseil de famille peut omettre d'avoir recours à la faculté que lui confèrent les articles 55 et 56 aux termes desquels il peut, dans ces deux cas, ordonner le versement des capitaux du mineur à la caisse des dépôts et consignations. Dans le système belge, le plus ou le moins de garantie pour le mineur résultera donc du plus ou du moins de diligence des conseils de famille, et quand bien même ces assemblées apporteraient à l'accomplissement de leurs devoirs imposés par la loi toute leur meilleure volonté, il se pourrait encore que les intérêts des mineurs qui leur fussent confiés soient mal garantis par suite de l'ignorance où le plus souvent ils se trouvent. Il était donc de la plus haute nécessité d'organiser un contrôle : notre article 63 a poursuivi ce but en remettant la surveillance des tutelles aux mains de l'autorité judiciaire.

Pour mettre les tribunaux à même de se prononcer sur les tutelles, il fallait que les renseignements qui s'y rapportent fussent consignés dans un document qui serait soumis à leur appréciation.

Aussi l'article 63 charge-t-il le greffier de la justice de paix de tenir, sous sa responsabilité personnelle et sous la surveillance du juge, un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton, et notre article énumère les énonciations que doit contenir cet état. Le greffier doit y indiquer : 1° la date de l'ouverture de la tutelle; 2° les noms, prénoms et demeures des mineurs; 3° les noms, prénoms et demeures des tuteurs et subrogés tuteurs; 4° la date et le résumé des délibérations du conseil de famille relatives à l'hypothèque légale des mineurs; 5° la date des inscriptions qui auront été prises

ou la mention des causes pour lesquelles il n'en aurait pas été requis.

Le greffier puisera ces divers renseignements dans les délibérations des conseils de famille auxquelles il a assisté, et il sera aidé dans cette tâche par le juge de paix. De plus, la loi hypothécaire contient une disposition additionnelle à l'article 79 du code civil, aux termes de laquelle l'officier de l'état civil doit dans les vingt-quatre heures, sous peine d'une amende qui n'excèdera pas 100 francs, donner connaissance de tout acte de décès au juge de paix du canton du domicile du décédé, en lui faisant connaître autant que possible s'il y a des héritiers mineurs ou absents. Le greffier sera donc, au moyen de cette disposition, mis au courant de l'ouverture de la tutelle.

Mais il est d'autres énonciations que l'état doit contenir, pour lesquelles le greffier éprouvera de grandes difficultés à les rassembler; il en est ainsi pour la mention de la date des inscriptions des hypothèques du mineur ou des causes pour lesquelles il n'en aura pas été requis; les greffiers, en effet, ne sont pas toujours en position de savoir s'il a été pris des inscriptions et quelle est la date de ces inscriptions; sans doute ils ne peuvent délivrer aucune expédition d'une délibération du conseil de famille, si on ne leur justifie pas, au préalable, qu'il a été pris une inscription ou qu'il n'a pu en être pris; mais il peut se faire qu'on ne demande aucune expédition, et alors le greffier pourra se trouver dans l'impossibilité de fournir les mentions exigées par la loi. Aussi une circulaire du ministre des finances du 12 mars 1853 apporte une solution : « Dans le courant du dernier mois de chaque trimestre, le greffier doit communiquer l'état des tutelles, soit en copie, soit en extraits, à chaque conservateur des hypothèques de l'arrondissement dans lequel sont situés

les immeubles affectés, pour que celui-ci y indique les dates des inscriptions prises. De cette façon il y aura beaucoup de chances pour que le greffier puisse dresser un état complet ».

D'après une circulaire du 14 mars 1852, toutes les énonciations relatives à l'état des tutelles doivent être mentionnées dans un registre spécial dont la tenue est réglementée par cette même circulaire.

La tenue de l'état des tutelles n'est pas la seule obligation que la loi belge de 1851 impose au greffier, le deuxième paragraphe de l'article 68 lui enjoint en outre d'adresser chaque année, dans le courant du mois de décembre, au procureur du roi de son arrondissement : 1° copie entière de l'état pour les tutelles ouvertes dans l'année ; 2° la simple indication, pour les autres, des changements survenus dans l'année courante relativement à l'hypothèque légale, à son inscription ou aux dépôts que l'absence ou l'insuffisance des immeubles auront rendu nécessaires.

Dans le mois de janvier qui suit cet envoi, le procureur du roi doit soumettre cet état au tribunal qui, sur le rapport d'un de ses membres en chambre de conseil, statuera ce que de droit.

Quelles seront donc les décisions que pourra prendre le tribunal saisi ?

C'est là une question fort controversée dans la doctrine et la pratique belges et on ne compte pas moins de quatre systèmes qui ont été proposés pour résoudre la difficulté. Il s'agit en effet d'interpréter les mots « ce que de droit » et personne n'est d'accord sur le sens de ces mots, la jurisprudence elle-même est contradictoire.

Toutefois il est un système que la presque unanimité considère comme inacceptable : c'est celui qui consiste à dire que les tribunaux peuvent procéder par voie réglementaire même

pour l'avenir en indiquant aux juges de paix une ligne de conduite qu'ils seront obligés de suivre. En effet l'article 5 du code civil défend aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire ; de plus les arrêtés nécessaires à l'exécution des lois doivent être faits par le pouvoir exécutif et non pas par le pouvoir judiciaire, et pour qu'il en soit autrement, il aurait fallu une disposition spéciale dans la loi hypothécaire.

Un autre système, qui n'a guère plus de défenseurs que le premier, est celui qui consiste à dire que le rôle des tribunaux consiste simplement à apprécier la tenue matérielle des états de tutelle qui lui sont présentés. Cette opinion est manifestement contraire à l'idée qui a présidé au vote de l'article 63 : on a voulu, en effet, au moyen de cette disposition, établir un contrôle sur les conseils de famille dont la vigilance peut se trouver parfois en défaut, et non pas seulement faire de la magistrature un surveillant du greffier de la justice de paix ; à quoi servirait-il, en effet, que le tribunal puisse constater que cet officier ministériel qui a dressé l'état des tutelles l'a fait de façon complète, si cet état n'était pas rédigé pour lui permettre d'apprécier les mesures prises par les conseils de famille : c'est à cette seule condition que les mineurs trouveront une protection efficace dans l'article 63. D'ailleurs la jurisprudence ne s'est pas ralliée à cette interprétation et adopte plutôt le troisième système.

Dans ce troisième système, les tribunaux sont investis du pouvoir de donner au juge de paix l'ordre de convoquer les conseils de famille en vue de délibérer à nouveau et d'arriver de cette façon à réformer une délibération antérieure qui paraît mauvaise. Les assemblées de famille convoquées à nouveau pourront prendre une décision nouvelle qui ne fera que confirmer la première, et alors on se demande lequel des deux

pouvoirs aura l'avantage, ou bien le conseil de famille ou bien le tribunal ?

Aussi, bien que ce système soit celui qui soit le plus généralement admis par la jurisprudence et les auteurs, nous dirons que, quant à nous, c'est au quatrième que vont toutes nos préférences, car c'est ce système qui protège le mieux les intérêts du mineur. Dans cette opinion, en effet, le pouvoir judiciaire peut prendre en mains la protection du mineur et réformer lui-même les délibérations du conseil de famille qui pourraient lui paraître contraires à la sauvegarde de cet incapable. Sans doute, on a produit des objections très graves et très sérieuses en disant par exemple qu'il est évident que les auteurs de la loi belge de 1831 n'ont voulu donner aux tribunaux qu'un droit de contrôle sur la tenue des tutelles, sans pour cela leur donner un pouvoir de réformation et que le tuteur pourrait se trouver grevé d'hypothèques sans qu'il eût été entendu ou appelé, ce qui est manifestement contraire à l'article 50 ; néanmoins, en prenant pour seul guide l'intérêt des mineurs que l'article 63 a voulu protéger en organisant le contrôle judiciaire, nous ne dissimulerons pas que nous voudrions bien voir notre opinion universellement admise. Peut-être cette solution ne serait-elle pas très légale, mais elle aurait au moins le mérite d'être équitable.

QUATRIÈME PARTIE

Les projets de réforme français contemporains.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Nous avons vu, dans la deuxième partie de notre travail, comment, sous le règne de Louis-Philippe, la réforme hypothécaire au sujet de laquelle s'étaient élaborés de nombreux travaux avait avorté, et comment cette réforme, qui promettait d'être aussi large d'après les projets de loi soumis à l'Assemblée législative et les votes mêmes de cette assemblée, fut réduite à peu de chose dans la loi de 1855, au point de vue de la publicité et de la spécialité des hypothèques légales de la femme mariée et du mineur.

Nous avons vu ensuite, dans la troisième partie, comment un pays voisin du nôtre, la Belgique, qui avait adopté la législation de notre code civil, l'avait modifiée en ce qui concerne le régime hypothécaire et avait tâché de concilier les intérêts des incapables avec les exigences du crédit.

Nous avons fait de cette loi nouvelle une étude assez approfondie en essayant de montrer quelles difficultés elle soulève ;

il nous a paru indispensable d'entrer dans des détails nombreux, car les projets actuels de réforme français ont beaucoup de points communs avec la nouvelle législation belge; on peut d'ailleurs dire que, dans leur économie générale, ces projets français sont semblables à la loi hypothécaire belge dont ils ne diffèrent que par des points de détail. Nous nous référerons donc bien souvent à la législation belge afin d'éviter des répétitions.

La question de la réforme hypothécaire ne devait plus se poser sous l'Empire : la loi de 1855 était considérée comme tout ce qui pouvait être fait dans le sens de la publicité et de la spécialité.

Mais, dès la chute de l'Empire, la question de cette réforme fut remise à l'ordre du jour et bientôt prirent naissance de nombreuses propositions de loi, si bien que les pouvoirs publics eux-mêmes devaient prendre l'initiative de proposer au parlement une refonte complète de notre système hypothécaire.

Vers l'année 1889, en effet, le garde des sceaux fit procéder à un travail à la chancellerie, d'où devait beaucoup plus tard sortir le projet de loi déposé par M. Darlan, ministre de la justice, sur le bureau du Sénat, le 27 octobre 1896.

On pourrait s'étonner à juste titre de la longue durée de ce travail; mais l'exposé des motifs lui-même qui précède ce projet de loi nous en donne les raisons. Le ministre de la justice, en effet, après nous avoir dit qu'il s'était particulièrement inspiré des idées émises dans le rapport fait par M. de Vatimesnil, représentant du peuple, au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi présenté en 1850 par le gouvernement sur les privilèges et hypothèques, ajoute qu'il a mis à profit le remarquable travail dans lequel la grande commission extra-parlementaire du cadastre instituée

auprès du ministre des finances a consigné les résultats des études approfondies auxquelles elle s'est livrée.

Cette commission extra-parlementaire du cadastre avait été instituée par M. Rouvier, alors ministre des finances, par un décret en date du 30 mai 1891. Sa mission était de rechercher si le moment était venu d'introduire en France le système des livres fonciers, c'est-à-dire de substituer à la publicité personnelle qui existe à l'heure actuelle chez nous, la publicité réelle.

Pour faciliter les travaux de cette commission, le ministre élaborait un projet de programme dans lequel figuraient un grand nombre de questions dont il demandait la solution et au nombre desquelles se trouvait celle de savoir s'il serait bon d'appliquer le régime de la publicité aux hypothèques légales.

Le gouvernement attendit donc que la commission extra-parlementaire du cadastre eût résolu la question pour déposer son projet de loi : sans doute il n'attendit pas qu'elle eût terminé complètement ses travaux puisque ceux-ci ne prirent fin qu'en 1905, mais déjà en 1896 des votes importants avaient eu lieu, et le système auquel elle devait s'arrêter était arrêté dans ses grandes lignes.

Bien que le projet de loi du gouvernement ait inspiré, comme le dit le ministre de la justice, des travaux de cette commission, il n'en est pas moins vrai que l'avant-projet qu'elle vota en 1905 est plus complet que celui du gouvernement et en diffère par beaucoup de points.

Nous nous proposons donc d'étudier tout d'abord ce dernier projet ; nous verrons ensuite le projet Darlan, et nous montrerons en quoi ce dernier diffère du premier et en quoi, à notre avis, il lui inférieure.

Tel est le but de cette dernière partie de notre travail.

CHAPITRE PREMIER

LES HYPOTHÈQUES LÉGALES DE LA FEMME MARIÉE ET DU MINEUR
DANS L'AVANT-PROJET ÉLABORÉ PAR LA COMMISSION EXTRA-PARLE-
MENTAIRE DU CADASTRE

Nous avons dit comment la commission extra-parlementaire du cadastre, qui fut instituée au ministère des finances pour étudier la question de l'établissement des Livres Fonciers en France, fut amenée à s'occuper de la réforme hypothécaire; et ici nous sommes obligé, pour une plus facile compréhension de nos explications postérieures, de dire de quelle façon elle procéda et quel mode de travail elle adopta.

Le problème posé à la commission par M. Rouvier était fort complexe, et nombreux étaient les points sur lesquels elle aurait à discuter par la suite. Aussi dès sa première séance elle se divisa le travail en le répartissant entre trois grandes sous-commissions.

La première fut dite sous commission technique : son rôle consistait à rechercher comment et par quels moyens on déterminerait physiquement la propriété immobilière, elle devait donc se cantonner dans l'étude du cadastre; il s'agissait de savoir tout d'abord si ce cadastre, qui n'était et n'est encore qu'un instrument fiscal, serait suffisant pour servir à la consolidation des droits immobiliers au moyen de livres fonciers où seraient immatriculés tous les immeubles avec inscription successive de tous les droits réels et des changements divers qui pourraient revenir les affecter par la suite; si ce cadastre était jugé insuffisant par la sous-commission, cette dernière devait alors rechercher dans quel sens on

devrait le réformer pour le rendre apte à rendre les services qu'on allait exiger de lui, comment serait faite cette réfection et qui serait ensuite chargé de veiller à la mise au courant des registres et des plans au fur et à mesure des changements survenus dans l'assiette physique de la propriété.

La seconde fut dite sous-commission juridique ; elle devait étudier quant à elle la détermination juridique de la propriété immobilière, autrement dit elle devait résoudre la question de savoir si le cadastre pourrait servir de base à la publicité, l'inscription étant prise selon les indications cadastrales et si cette inscription qui serait faite sur des registres spéciaux dits livres fonciers pourrait servir de titre ; il fallait ensuite déterminer pour quels droits cette inscription vaudrait titre, et si tous les droits réels immobiliers devraient être soumis à cette formalité pour être valables.

Quant à la troisième sous-commission, dite sous-commission des voies et moyens, elle devait s'occuper du côté financier de la réforme projetée.

La sous-commission juridique, avons-nous dit, avait à déterminer quels étaient les droits réels immobiliers qui devraient être inscrits sur les livres fonciers. Elle n'avait pas à discuter sur le droit réel d'hypothèque : sans aucun doute, ce droit, qui, dans le système du code civil, a besoin d'être rendu public pour être efficace, devait être inscrit sur les livres fonciers ; mais, pour elle, se posait une question bien autrement grave : laisserait-on subsister notre régime actuel de publicité hypothécaire qui, comme chacun le sait, est loin d'être complet et allait-on permettre à des droits réels immobiliers de demeurer clandestins ? C'était là toute la question de la réforme hypothécaire. La sous-commission juridique ne recula pas devant cette tâche malgré l'opposition de certains de ses membres.

Après avoir voté les principes essentiels concernant cette réforme, elle s'en remit à un comité spécial recruté dans son sein, dit comité de rédaction et d'études, du soin de faire une étude plus approfondie et de lui présenter un rapport sur le résultat de cette étude et un avant-projet.

Ce comité divisa les questions et, en ce qui concerne les hypothèques légales de la femme mariée et du mineur, ce fut M. Challamel qui fut chargé de présenter le rapport. Ce rapport et l'avant-projet furent déposés sur le bureau de la sous-commission juridique le 24 novembre 1892.

Cet avant-projet fut voté avec quelques modifications par la sous-commission.

Après avoir voté de cette façon différents avant-projets, la sous-commission jugea utile de procéder à un travail de coordination ; elle en chargea le comité de rédaction et d'études, à qui elle donna alors le titre de comité de révision.

Ce fut encore M. Challamel qui, au nom de ce nouveau comité, présenta, le 21 décembre 1899, à la sous-commission juridique un rapport général sur les privilèges et hypothèques suivi d'un avant-projet.

Ce fut cet avant-projet qui fut présenté à la commission plénière le 24 novembre 1904, après avoir été voté par la sous-commission juridique, et qui forma avec l'avant-projet sur l'institution des livres fonciers le résultat de l'ensemble des travaux de la sous-commission juridique.

Ces deux avant-projets furent votés, en 1905, par la commission plénière avec ceux émanant des deux autres sous-commissions.

Nous n'aurons, bien entendu, à nous occuper ici que des travaux de la sous-commission juridique et encore seulement en ce qu'ils intéressent la question des hypothèques légales.

SECTION PREMIÈRE

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Un fait très important à remarquer est que la commission du cadastre n'avait pas à s'occuper de la protection des incapables; elle n'avait qu'à rechercher les moyens de concilier cette protection avec la nécessité d'assurer aux tiers toute sécurité en élaborant un régime hypothécaire où toutes les charges sans exception qui pèsent sur la propriété seraient rendues publiques, tout en respectant les droits des incapables.

Elle n'avait pas à chercher les sûretés assurant la conservation de ces droits autre part que dans l'institution de l'hypothèque légale, elle n'avait pas à faire une refonte de loi de la tutelle et du mariage pour donner à la femme mariée et au mineur un autre moyen de protection que celui qui résulte de l'hypothèque qui leur est accordée par le code civil. Son seul rôle consistait donc à formuler un projet dans lequel cette hypothèque serait réformée, de telle sorte qu'elle ne serait plus une gêne pour le crédit, mais où elle n'en continuerait pas moins à être la base fondamentale de la protection due aux incapables.

La commission du cadastre adopta donc le principe que toutes les hypothèques, même légales, devaient être publiques et spéciales. Le système auquel elle s'arrêta pour assurer cette publicité et cette spécialité est analogue à celui de la loi belge de 1831. Cependant il existe des différences que nous allons signaler.

SECTION II

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

La sous-commission juridique aborda l'étude des hypothèques légales dans sa séance du 9 juillet 1891.

Après avoir entendu un savant exposé de M. le professeur Bufnoir, qui lui démontra combien était funeste au crédit l'existence de ces hypothèques et combien peu elles assuraient la sécurité des incapables, elle vota les deux principes suivants :

« Il y a lieu de soumettre l'hypothèque de la femme mariée, du mineur et de l'interdit au droit commun de la spécialité ».

« Il y a lieu de soumettre l'hypothèque de la femme mariée, du mineur et de l'interdit au droit commun de la publicité ».

Quant aux moyens destinés à assurer cette spécialité et cette publicité, elle admit que pour les apports matrimoniaux la spécialisation serait faite par le contrat de mariage, que pour les droits naissant au profit de la femme au cours du mariage elle serait faite par le notaire au cas où ce serait un acte notarié qui donnerait naissance à ce droit, par l'autorité judiciaire dans les autres cas. Elle chargea les notaires et les greffiers du soin de publier l'hypothèque légale.

Après avoir admis ces principes elle renvoya l'étude de la question au comité de rédaction en le chargeant de lui rapporter un projet.

Voyons maintenant quelles furent les décisions définitives de la commission du cadastre.

1° *Nature de l'hypothèque de la femme.* — Nous avons vu que la loi belge laisse subsister un doute au sujet de la nature de cette hypothèque et que par suite de l'introduction des mots « la femme pourra stipuler une hypothèque » des

auteurs en avaient conclu que cette hypothèque était purement conventionnelle.

Dans l'avant-projet de la commission du cadastre le doute n'est plus permis ; en effet, l'article 19 pose un principe en disant : « Les droits et les créances auxquels l'hypothèque *légale* est attribuée sont : 1° ceux des femmes mariées..... ». L'hypothèque de la femme est donc bien une hypothèque légale.

2° Des créances garanties par l'hypothèque spécialisée dans le contrat mariage. — L'article 64 de la loi belge de 1831 dit que la femme aura une hypothèque spéciale sur les biens qui sont affectés par le contrat de mariage, pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales et qu'elle pourra également stipuler dans son contrat de mariage une hypothèque spéciale pour garantie des reprises de toute nature, même conditionnelles ou éventuelles qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari.

L'article 20 de l'avant-projet de la commission du cadastre est moins explicite, il est ainsi conçu : « Tout contrat de mariage doit énoncer, d'après la déclaration faite par la future épouse, s'il y a lieu d'inscrire dès à présent son hypothèque légale, à concurrence de quelle somme, pour quelles causes et sur quels immeubles ».

Cet article ne détermine donc pas pour quelles créances la future épouse pourra faire la spécialisation dans son contrat de mariage.

Nul doute qu'elle puisse le faire pour les créances résultant de sa dot et de ses conventions matrimoniales. Mais peut-on donner la même solution pour ses reprises ?

Nous avons dit que, d'après nous, le mot « reprises », qui figure dans l'article 64 de la loi belge de 1831, ne devait

s'entendre que dans le sens de conventions matrimoniales éventuelles et conditionnelles et qu'on ne pouvait pas faire rentrer dans ce terme les créances naissant pour la femme au cours du mariage, telles que celles résultant de l'aliénation de ses propres, d'une ouverture de succession à son profit ou de l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari.

Devons-nous donner la même solution en ce qui concerne l'avant-projet de la commission du cadastre?

Nous pouvons conclure de l'étude des discussions au sein de la sous-commission, que la femme peut spécialiser dans son contrat de mariage les créances qui pourront résulter de ses reprises et, de plus, qu'il ne faut pas donner au mot reprises le sens restreint que nous lui avons attribué quand nous avons étudié la loi belge.

En effet M. Challamel, dans son rapport, nous dit que l'inscription faite dans la huitaine du contrat produira effet à sa date tant pour les créances résultant des conventions matrimoniales que pour les créances *futures*; et auparavant, à la séance du 16 juillet 1891 de la sous-commission juridique, il déclarait : « Lorsque les époux ont quelque fortune ou *lorsqu'ils peuvent en attendre par voie de succession*, presque toujours le mariage est précédé d'un contrat. En ce cas la future épouse, assistée de ses parents, stipulera dans le contrat lui-même pour quelles sommes et sur quels immeubles l'inscription sera prise en garantie de la dot et des conventions matrimoniales. Elle pourra également stipuler une hypothèque spéciale pour sûreté des reprises de toute nature, même conditionnelles ou éventuelles, qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari. » Ainsi, dans la pensée de M. Challamel et par conséquent de la commission du cadastre qui a suivi son rapport, la femme, outre qu'elle peut spécialiser

son hypothèque dans le contrat de mariage pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales, peut encore le faire pour ses reprises; il faut entendre ce terme dans un sens étendu, puisque la commission a admis que quand bien même la femme n'aurait pas de fortune elle pourrait néanmoins spécialiser son hypothèque par contrat de mariage si elle en attend une au cours du mariage.

Cette solution est d'autant plus bizarre que si la femme n'a pas eu la précaution de stipuler son hypothèque dans son contrat de mariage, elle ne pourra plus le faire au cours du mariage que lorsque les droits donnant ouverture à ses reprises seront nés. C'est ce qui résulte de l'article 22 qui est ainsi conçu :

« Au cours du mariage et nonobstant convention contraire, la femme peut, sans aucune autorisation, requérir inscription savoir : 1°. ; 2° à raison des successions qui lui sont échues ou des donations qui lui sont faites à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet ; 3° pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le emploi de ses propres aliénés à compter du jour de l'obligation ou de la vente ».

Sans doute ce système est très protecteur des intérêts de la femme : il était à craindre, en effet, que celle-ci, obligée d'attendre la naissance de ses droits pour veiller à leur conservation, eût craint de déplaire à son mari en prenant les mesures de protection que la loi lui permet d'employer. Mais il est très rigoureux pour le mari qui verra diminuer son crédit par suite de l'inscription d'hypothèques qui, peut-être, n'auront jamais d'objet. De plus, il consacre une aggravation de la législation du code civil que, dans l'intérêt du mari, il aurait peut-être été bon d'éviter.

3^e Spécialisation de l'hypothèque de la femme mariée dans le contrat de mariage. — Comme dans la loi belge de 1831, la femme a une hypothèque qui est en même temps générale et spéciale : elle est générale quant à son titre, mais elle est spéciale quant à son inscription. En soi, cette hypothèque a pour objet tous les immeubles du mari présents et futurs et garantit toutes les créances que la femme peut avoir contre son mari ; l'article 19 en effet de l'avant-projet ne fait pas de distinction et dit : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont : 1^o ceux des femmes mariées sur les biens de leur mari... » Mais cette hypothèque sera sans effet tant qu'elle n'aura pas été préalablement déterminée quant à son chiffre et quant aux immeubles qui en seront chargés et c'est là la condition essentielle qu'exprime l'article 20 : « Tout contrat de mariage doit énoncer, d'après la déclaration faite par la future épouse, s'il y a lieu d'inscrire dès à présent son hypothèque légale, à concurrence de quelles sommes, pour quelles causes et sur quels immeubles ».

L'avant-projet de la commission du cadastre est jusqu'ici conforme à la loi belge.

Mais il en diffère sur un point très important.

Nous avons dit que la loi belge laissait à la femme le soin de stipuler elle-même son hypothèque légale sans que personne ne soit chargé de l'avertir de quelle nécessité est pour elle la double spécialisation de son hypothèque dans le contrat réglant les conventions matrimoniales. La commission du cadastre a été frappée du grand danger qu'offrait ce système pour la femme. Elle a voulu entourer la femme d'une plus grande protection. Aussi l'article 20 *in fine* de de l'avant-projet oblige le notaire qui rédige le contrat de mariage d'interpeller la femme sur le point de savoir si elle veut inscrire son hypothèque : si elle déclare qu'elle n'en

veut rien faire, la responsabilité du notaire ne sera dégagée qu'en mentionnant dans l'acte cette réponse négative; comme sanction de cette obligation, l'article 39 punit le notaire qui aura omis de mentionner l'interpellation dont il est tenu d'une amende de 100 francs et il ajoute : « sans préjudice de tous dommages-intérêts envers les parties ».

Avec ce système, on est donc certain que ce n'est pas l'effet d'un pur oubli si l'hypothèque de la femme n'a pas été spécialisée dans son contrat de mariage; s'il en est ainsi, c'est que la femme et les parents qui l'assistent l'ont voulu de cette façon.

4° Publicité de l'hypothèque spécialisée dans le contrat de mariage. — L'hypothèque de la femme ne peut avoir d'effet que par son inscription et nous avons vu combien était imprudente la loi belge en chargeant de cette inscription le mari lui-même ou, à son défaut, la femme. Nous avons dit aussi que la loi belge n'édicte pas de sanction contre le mari négligent et que cette absence de répression était d'autant plus grave que certains auteurs belges n'admettent pas que les personnes autorisées par les articles 69 et 70 à requérir inscription au cours du mariage puissent concourir à la publicité de l'hypothèque de la femme spécialisée dans le contrat de mariage.

L'avant-projet de la commission du cadastre se montre beaucoup plus prévoyant et il contient à ce point de vue des solutions excellentes qui, à la vérité, ont été empruntées dans leur esprit général au projet qu'élabora en 1850 la commission de l'Assemblée législative.

L'article 20 nous dit en effet : « L'inscription est prise dans la huitaine du contrat, même avant l'enregistrement, à la diligence du notaire qui l'a rédigé ».

Dans sa séance du 16 juillet 1891, la sous-commission juridique avait jugé qu'on ne pouvait pas laisser aux parties intéressées le soin de prendre inscription ; le mari lui paraissait suspect et elle craignait la négligence de la femme ou que celle-ci ne fût retenue par un sentiment de déférence envers son mari ; dès lors, elle voulut faire appel à un officier public auquel personne ne saurait mauvais gré d'avoir rempli un devoir et, pour l'hypothèse qui nous occupe, elle choisit le notaire rédacteur du contrat de mariage.

Le comité de rédaction et d'études décida donc que l'inscription serait prise par le notaire dans la huitaine de la réception du contrat même avant l'enregistrement.

Pour justifier cette solution, M. Challamel disait, dans son rapport, que, selon le vœu de la loi, l'inscription que le notaire est chargé de requérir doit être réalisée dans le plus bref délai possible, car chaque journée qui s'écoule risque de compromettre, peut-être à tout jamais, les intérêts de la femme. Dès lors, un délai de huitaine a paru suffisant pour la transmission des pièces au bureau des hypothèques, à la condition toutefois que l'inscription pût être opérée avant l'enregistrement par dérogation à l'article 41 de la loi du 22 frimaire an VII.

Cette disposition ne devait pas être admise sans difficulté.

On admit facilement que le notaire serait chargé de requérir l'inscription, bien qu'on ait fait remarquer avec raison qu'aujourd'hui les notaires qui prennent des hypothèques le font en vertu d'un mandat spécial de la part de leurs clients et non pas d'une obligation légale qui augmenterait leur responsabilité déjà si lourde.

Mais où il y eut débat, ce fut sur la question du délai et sur celle de l'inscription avant l'enregistrement du contrat de mariage. Néanmoins, ce fut la solution préconisée par le

comité de rédaction et d'études qui finit par prévaloir, en dépit de toutes les objections soulevées contre elle. La commission n'eut égard qu'à la sécurité des intérêts de la femme mariée.

5° Du fondement de l'hypothèque légale de la femme mariée spécialisée au cours du mariage, des créances qu'elle garantit et des cas dans lesquels peut se faire cette spécialisation. —

Nous avons dit, en étudiant la loi belge, quel était le fondement de l'hypothèque spécialisée au cours du mariage : la femme peut avoir besoin d'une inscription supplémentaire si, par exemple, elle n'a pas été prévoyante lors de la rédaction de son contrat de mariage soit en s'abstenant de prendre inscription, soit en se contentant de garanties insuffisantes ou si des droits nouveaux donnant droit à une créance contre son mari adviennent à la femme durant leur union. Il fallait sauvegarder ces intérêts.

La loi belge permet à la femme de requérir inscription pour garantie des droits résultant de son contrat de mariage en vue desquels ou bien l'hypothèque n'a pas été spécialisée ou bien l'hypothèque légale est insuffisante et pour garantie des droits nouveaux nés pendant le mariage au profit de la femme ; pour les droits résultant de son contrat de mariage, la femme peut requérir inscription quand bon lui semble, pour les autres droits elle est obligée d'attendre leur naissance.

L'avant-projet de la commission du cadastre contient la même disposition, son article 22 est en effet ainsi conçu :

« Au cours du mariage, et nonobstant convention contraire, la femme peut, sans aucune autorisation, requérir inscription, savoir :

1° A raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales à compter du jour du mariage ;

2° A raison des successions qui lui sont échues ou des donations qui lui sont faites à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet.

3° Pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le emploi de ses propres aliénés, à compter du jour de l'obligation ou de la vente ».

Les créances qui peuvent être ainsi garanties par l'hypothèque spécialisée au cours du mariage sont donc les mêmes que dans la loi belge.

Cependant l'avant-projet contient une restriction au droit de la femme de prendre l'hypothèque au cours du mariage, qui est très dangereuse pour cette dernière et que nous n'avons pas rencontrée en Belgique.

L'article 23 de l'avant-projet nous dit en effet :

« Lorsque, en vertu de l'article 21 § 1^{er}, l'hypothèque légale a été restreinte à certains immeubles par le contrat de mariage, la femme ne peut prendre d'inscription supplémentaire que si les immeubles grevés ont subi un dépérissement notable ou si l'inscription a cessé d'avoir effet à son profit, notamment par suite d'une renonciation qu'elle aurait consentie. En ce cas, la nouvelle inscription ne peut être prise qu'avec le consentement du mari, ou en vertu d'une autorisation de la chambre du conseil, dans les formes prévues à l'article 27 ci-dessous ».

Voilà donc un très grave danger qui menace la femme : Si elle a eu la précaution de spécialiser son hypothèque dans le contrat de mariage et si elle a déterminé les immeubles sur lesquels cette inscription portera, elle sera privée du droit de requérir une inscription supplémentaire pendant son mariage. Cette solution serait très compréhensible si cette prohibition était limitée à la conservation des droits résultant du contrat de mariage ; la femme ou ses conseils n'avaient qu'à se mon-

trer plus circonspects et à évaluer à leur juste valeur ces droits qui sont alors connus : si ces droits ne sont pas suffisamment garantis, la femme ne peut s'en prendre qu'à elle-même, mais il n'en va plus de même pour les causes de recours qui peuvent naître au profit de la femme durant le mariage. Pour ces sortes de créances, la commission du cadastre aurait dû admettre que, même si la femme a déterminé dans son contrat de mariage les immeubles du mari soumis à son hypothèque, elle n'en conservera pas moins le droit de s'inscrire pour garantie de ces droits : cela serait équitable, car, en bonne logique, la femme, au moment de son mariage, ne peut savoir quelles successions elle recueillera, quelles donations lui seront faites, quelles dettes elle contractera avec son mari, lesquels de ses propres seront aliénés, et par conséquent elle ignore quel est le montant de ces créances.

Toutefois, si la femme peut limiter le nombre des immeubles sur lesquels elle pourra prendre inscription, elle ne peut pas limiter par avance dans son contrat de mariage l'étendue, quant au chiffre, des créances qu'elle pourra garantir au moyen de son hypothèque.

Si donc la femme a limité le nombre des immeubles sur lesquels elle pourra s'inscrire, elle pourra néanmoins augmenter le chiffre du montant de l'inscription sur ces immeubles ; si ceux-ci sont affectés à la garantie de créances n'absorbant pas toute leur valeur ; il n'y a de limité que la spécialisation quant au gage. Mais il n'en est pas moins vrai que, si la femme n'a pas eu la précaution d'exiger un gage dépassant de beaucoup en valeur celle de ses créances, elle pourra se trouver un jour sans garantie. Cette disposition est défectueuse à un double point de vue : d'abord pour le mari qui verra une portion énorme de ses immeubles affectée à la garantie de créances futures et ensuite pour la femme dont les intérêts sont gravement compromis dans leur conservation.

6° *De la spécialisation et de la publicité de l'hypothèque requise au cours du mariage.* — Nous avons vu que, dans la loi belge, c'est le président du tribunal civil qui doit faire cette spécialisation.

La commission du cadastre adopta une solution différente, qui est beaucoup plus protectrice des intérêts de la femme.

En effet, dans sa séance du 16 juillet 1891, la sous-commission juridique adopta les deux principes suivants : dans le cas où ce droit de recours de la femme contre son mari naîtra d'un tout autre fait que d'un acte notarié, la femme, pour s'inscrire, devra faire procéder à la spécialisation par l'autorité judiciaire.

Le premier principe devait subsister, mais le second allait bientôt disparaître.

La nécessité de l'autorisation judiciaire parut en effet inutile au comité de rédaction et d'études, et voici ce que dit à ce sujet M. Challamel dans son rapport :

« A la réflexion, il nous a paru que cet appareil judiciaire serait ici hors de saison. De deux choses l'une : ou le mari sera mis en cause, et qui ne sait que la femme ne reculera devant un pareil éclat, ou la femme sera seule entendue par le tribunal, et dans ce cas la décision rendue n'aura que l'apparence d'un jugement, puisque les magistrats n'auront eu pour s'éclairer que les affirmations produites par la demanderesse.

» Dès lors, ne vaut-il pas mieux dispenser la femme de toute autorisation? Est-ce bien sérieusement que l'on allègue-rail la crainte d'inscriptions trop nombreuses ou d'un chiffre trop élevé, privant le mari de tout crédit? Il est bien plus à craindre, au contraire, que la femme n'use pas assez souvent de la garantie que la loi met à sa disposition, et que par faiblesse ou par ignorance des affaires elle se laisse ruiner

presque sans le savoir, comme il arrive si fréquemment aujourd'hui ».

On ne conserva l'autorisation de justice que pour le cas où la spécialisation est requise non pas par la femme elle-même, mais par ses parents ou alliés ou enfin par ses créanciers.

Ainsi donc, au point de vue de la spécialisation et de la publicité de l'hypothèque légale de la femme mariée, au cours du mariage il faut distinguer deux cas : 1° Il y a eu un acte notarié ; 2° il n'y a pas eu d'acte notarié.

1° *Il y a eu un acte notarié.* — Dans ce cas, c'est l'article 24 qui trouve son application ; il est ainsi conçu :

« S'il est rédigé un acte notarié qui constate aliénation ou acquisition par la femme, attribution à son profit, par voie de partage ou autrement, de biens mobiliers ou immobiliers, quittance de deniers propres, obligation ou renonciation à un droit dans l'intérêt du mari, même au profit d'un tiers, le notaire doit interpellier la femme de déclarer si elle entend que son hypothèque soit inscrite pour la garantie des droits qui peuvent en résulter, sur quels immeubles et pour quelles sommes.

» En cas d'affirmative, l'inscription est prise à la diligence du notaire, dans la huitaine de l'acte avant l'enregistrement, même quand l'acte est sujet à l'homologation de justice, sauf aux intéressés à la faire rayer ou modifier, s'il y a lieu, en conformité du jugement d'homologation ».

Cet article 24 est inspiré de l'article 2145 du projet élaboré par la commission de l'assemblée législative de 1850 ; s'il n'en reproduit pas les termes, il est au moins conforme à son esprit.

La commission du cadastre a pensé qu'il serait bon d'associer les notaires aux mesures de protection édictées en faveur

de la femme; nous avons vu comment elle regla cette intervention du notaire lors de la rédaction du contrat de mariage. Cette association du notaire devient encore plus nécessaire quand la femme est soumise à l'autorité maritale; il est bon qu'alors elle soit éclairée par le notaire qui lui fera voir l'utilité de l'inscription de son hypothèque.

Ce moyen de protection avait paru si efficace au comité de rédaction et d'études, qu'il s'était demandé un instant s'il ne conviendrait pas de décider que certains actes importants concernant la femme devraient être faits par devant notaire. De cette façon, on aurait élargi le cercle d'application de cette disposition prévoyante. Toutefois, le comité ne voulut pas édicter cette mesure qui aurait aggravé la condition d'incapacité de la femme et qui l'aurait le plus souvent chargée de frais inutiles.

Chaque fois donc que les époux passeront devant notaire un acte d'où résulte une cause de créance de la femme contre son mari, ce notaire devra demander à la femme si elle entend inscrire son hypothèque, pour quelles sommes et sur quels immeubles.

La loi veut que cette interpellation soit faite: aussi exige-t-elle qu'il en soit fait mention dans l'acte, ainsi que de la réponse faite par la femme à ce sujet: si le notaire omet cette mention, la sanction est la même que pour son absence dans le contrat de mariage, c'est-à-dire 100 francs d'amende, sans préjudice de tous dommages-intérêts envers les parties (art. 39).

Si la femme entend inscrire son hypothèque, c'est le notaire qui devra prendre inscription dans la huitaine du jour du contrat, même avant l'enregistrement: c'est la même solution que pour l'hypothèque spécialisée dans le contrat de ma-

2° *Il n'y a pas eu d'acte notarié.* — La femme doit alors veiller elle-même au soin de sauvegarder ses intérêts. Toutefois l'avant-projet permet alors à certaines autres personnes de requérir inscription; la commission du cadastre a craint que la femme ne se rendit pas compte par elle-même de l'importance de l'inscription de son hypothèque.

Quand c'est la femme qui requiert elle-même l'inscription de son hypothèque, elle le fait, comme nous l'avons vu, sans aucune autorisation; elle désigne elle-même les immeubles qu'elle veut voir grevés et les sommes à garantir, quitte à son mari de demander ensuite la radiation ou la réduction, si l'inscription n'est pas fondée ou est excessive.

Quelles sont les personnes qui peuvent requérir inscription en ses lieu et place?

Nous avons vu que la loi belge accorde ce droit au mari, aux parents et alliés de la femme et du mari jusqu'au troisième degré inclusivement, au juge de paix du domicile conjugal et au procureur du roi près le tribunal de première instance, et que l'exercice de ce droit est soumis, pour les parents et alliés, à l'autorisation préalable du président du tribunal, qui déterminera les immeubles sur lesquels l'inscription sera prise et pour quelles sommes.

L'avant-projet contient des décisions différentes :

Article 25 : « Dans tous les cas où la femme a le droit de requérir inscription de son hypothèque, le même droit appartient au mari. Les parents et alliés des époux en ligne directe et en ligne collatérale au degré de frère ou sœur, et d'oncle ou tante, peuvent aussi requérir inscription, mais seulement en vertu d'une ordonnance rendue sur simple requête par le président du tribunal civil du domicile du mari. Cette ordonnance doit énoncer pour quelles causes l'inscription est prise, pour quelle somme et sur quels immeubles. Le même droit

appartient aux créanciers de la femme, en vertu d'un jugement rendu par la chambre du conseil, lorsque sa dot est mise en péril ou qu'il y a lieu de craindre pour le recouvrement des droits et reprises qui pourraient actuellement faire l'objet d'une inscription ».

Comme dans la loi belge, le mari pourra requérir inscription sans aucune autorisation.

Au contraire, les parents et alliés des époux auront besoin de l'autorisation du président du tribunal qui spécialisera l'hypothèque de la femme qu'il s'agit d'inscrire; ici la commission a maintenu la nécessité de l'autorisation, car l'intervention de la famille peut être indiscreète : il faut alors que la justice vérifie le bien fondé de la requête à fin d'inscription.

L'avant-projet permet aux créanciers de la femme de requérir inscription de son hypothèque, ce que ne fait pas la loi belge; mais il limite les cas dans lesquels ils peuvent le faire : ils devront prouver que les droits et les reprises qui appartiennent à la femme sont en péril; de plus, ce n'est plus par simple requête au président du tribunal qu'ils pourront agir : ils devront obtenir un jugement de la chambre du conseil après avoir mis le mari en cause. La commission a ainsi limité le droit des créanciers, de peur que leur intervention ne crée parfois des dissentiments graves entre les époux.

Enfin, contrairement à ce que décide le législateur belge, la commission n'a pas jugé utile de confier le soin de prendre inscription au juge de paix ou au procureur du roi : elle s'est inspirée du précédent de 1808, époque à laquelle le garde des sceaux de France a dû rappeler à ses parquets qu'ils devaient agir avec beaucoup de prudence dans leur rôle de surveillants des mesures prises en faveur de la femme.

La commission a pensé que l'intervention du ministère

public serait ici néfaste et qu'elle aurait plus d'inconvénients que d'avantages.

7° *De la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée.* — L'article 27 nous dit que lorsque les inscriptions prises sont manifestement excessives, la restriction ou la réduction peut en être ordonnée par le tribunal, statuant en la chambre du conseil.

Cette disposition que l'on retrouve, mais un peu différente, dans la loi belge est le correctif de la faculté laissée à la femme d'évaluer à son gré le montant des créances qu'elle entend garantir par l'inscription.

Nous avons dit que dans la loi belge la réduction ne peut être demandée que pour l'inscription au cours du mariage : il semble bien ici, au contraire, qu'elle peut l'être même pour l'inscription prise en vertu du contrat de mariage.

Comme en Belgique, la réduction peut avoir pour objet les immeubles grevés et les sommes à garanties, c'est là ce qu'indique l'emploi des deux mots : réduction et restriction.

De plus, la réduction peut être totale et comporter radiation de toute l'inscription si celle-ci a été prise pour garantie d'une créance inexistante.

Mais, pour plus de sécurité, la loi belge exige que le tribunal, appelé à statuer sur la réduction, entende l'avis de trois parents ou trois amis de la femme ; sans doute, cet avis n'est pas obligatoire, mais il n'en est pas moins vrai que l'autorité judiciaire pourra, de cette façon, être avertie sur l'opportunité de la réduction. L'avant-projet ne contient pas cette mesure de prévoyance.

8° *Du remplacement de l'hypothèque légale de la femme mariée par un nantissement.* — C'est là une innovation excellente que l'on ne trouve pas dans la loi belge : le mari, s'il

possède une fortune mobilière, pourra reporter sur celle-ci la charge qui pèse sur ses immeubles.

C'est l'article 26 qui régit cette matière ; il est ainsi conçu :
« A défaut de stipulation particulière dans le contrat de mariage, l'hypothèque légale peut toujours être remplacée du consentement de la femme constaté dans un acte notarié par un nantissement égal au montant de l'inscription et constitué en espèces, rentes ou créances sur l'Etat français, actions, obligations ou parts d'intérêts sur lesquelles la Banque de France consent des avances. Le nantissement est effectué entre les mains du notaire à charge par lui de remettre dans le délai de quinzaine, à la caisse des dépôts et consignations ou à son préposé, les fonds et titres au porteur avec mention spéciale d'affectation au profit de la femme et d'opérer le transfert en garantie des valeurs nominatives ».

La sous-commission juridique avait admis, en 1891, la possibilité du remplacement de l'hypothèque légale par un cautionnement, mais en ce qui concerne seulement le tuteur ; elle n'avait pas pris de disposition semblable en faveur du mari.

Ce ne fut que lorsque le projet revint pour la deuxième fois en délibération, c'est-à-dire en 1900, que la question se posa. Elle se greffa incidemment sur celle de la réduction de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme et on demanda que le tribunal saisi de la demande en réduction eût la possibilité de substituer à l'hypothèque légale un cautionnement purement mobilier. Puis M. Fabre exprima l'avis que le cautionnement devrait pouvoir se substituer dans tous les cas à l'hypothèque légale, soit en vertu d'une stipulation du contrat de mariage, soit au cours du mariage, du consentement des époux, soit enfin par décision de justice.

La sous-commission juridique se montra favorable à cette idée ; de là le vote de l'article 26.

Mais au sujet de cet article se posent différentes questions qu'il nous faut étudier.

Quand peut se faire cette substitution ?

Elle peut se faire soit dans le contrat de mariage, soit après le contrat.

Quand elle est faite par contrat de mariage, les parties peuvent en régler les conditions comme bon leur semble.

Mais quand elle est faite au cours du mariage, on doit suivre des règles spéciales.

Tout d'abord elle doit être faite par acte notarié : la femme doit être protégée et guidée par le notaire comme elle doit l'être en matière d'hypothèque légale. On ne s'adressera à la justice que s'il y a désaccord entre les époux. Cependant, M. Fabre s'était montré hostile à la nécessité d'un acte notarié ; il demandait que le remplacement fût toujours fait par justice, et il disait, à l'appui de sa demande, qu'il était indispensable qu'il s'engageât un débat contradictoire afin que l'on sût à combien se monteraient les reprises de la femme et par conséquent quel serait le montant du cautionnement à exiger, et il ajoutait qu'il serait impossible aux notaires d'évaluer le montant des reprises de la femme. Cependant son opinion ne prévalut pas, car on fit remarquer que l'intervention du notaire n'était pas exigée pour protéger la femme malgré elle, mais simplement pour l'avertir de la nécessité de se garantir ; une fois avertie, c'est à la femme à évaluer les droits qu'elle veut garantir sans que le notaire puisse être rendu responsable de cette évaluation.

De quelles valeurs doit être composé ce nantissement ?

Quand le remplacement a lieu par contrat de mariage, celui-ci peut se faire en toutes espèces de valeurs, mais quand il a lieu au cours du mariage il ne peut plus se faire qu'en espèces, rentes ou créances sur l'Etat français, actions,

obligations ou parts d'intérêt sur lesquelles la Banque de France consent des avances. Il fallait, en effet, que la substitution ne fût autorisée qu'à la condition qu'elle consistât en valeurs de tout repos. Cette énumération est celle que nous retrouverons sous peu quand nous nous occuperons du nantissement que le tuteur peut offrir en remplacement de l'hypothèque légale.

Quel doit être le montant du cautionnement ?

Le cautionnement doit être équivalent au montant de l'inscription que l'on remplace et non pas à la valeur de l'immeuble dégreuvé par ce remplacement. Ce système peut être assez dangereux pour la femme ; supposons, par exemple, qu'une créance de la femme de 5.000 francs soit inscrite sur un immeuble du mari en valant 10.000, la femme aura une sérieuse garantie, mais elle procède au remplacement de son hypothèque, le mari constituera un nantissement d'un certain nombre de titres, pour la valeur qu'ils ont au jour de la substitution, il peut par la suite se produire une dépréciation sur ces titres, si bien qu'ils ne vaudront plus que 4.000 francs, il en résultera donc que la femme sera moins bien garantie que par son hypothèque. Il eût été préférable d'admettre, comme l'avait proposé un membre de la sous-commission juridique, que les titres ne seraient admis que pour 60 ou 80 p. 100 de leur valeur lors du remplacement.

Quelles sont les garanties édictées pour prévenir toute atteinte à la consistance du gage ?

C'est au notaire qui reçoit les conventions des parties qu'incombe le soin de remplir les formalités nécessaires à leur exécution.

Pour les fonds et les valeurs au porteur, le notaire les remettra à la caisse des dépôts et consignations, il a pour cela un délai de quinzaine ; et sans attendre d'avoir fait le

dépôt des titres, il peut délivrer le bordereau de radiation qui permettra de libérer l'immeuble; la seule précaution qu'il ait à prendre est de vérifier si les valeurs qui lui ont été remises ne sont pas frappées d'opposition.

Pour les valeurs nominatives, c'est encore le notaire qui doit opérer le transfert en garantie; mais aucun délai ne lui est imposé dans ce cas.

Comme conséquence de l'introduction de l'article 26 dans l'avant-projet, la sous-commission juridique modifia l'article 27, en décidant que le tribunal appelé à statuer sur la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée pourrait la remplacer totalement ou partiellement par un nantissement de la nature prévue en l'article 26.

SECTION III

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

Nous avons dit précédemment que la sous-commission juridique de la commission du cadastre avait décidé, dans sa séance du 9 juillet 1891, que l'hypothèque légale du mineur comme celle de la femme serait soumise au double principe de la spécialité et de la publicité.

Elle admit ensuite que ce serait le conseil de famille qui procéderait à la spécialisation de l'hypothèque et que ce serait le greffier de la justice de paix qui en assurerait la publicité.

Après avoir voté ces principes essentiels, elle renvoya l'étude du projet à rédiger à son comité de rédaction et d'études.

Quelles furent donc les solutions définitives de la commission du cadastre?

Il est un point tout d'abord sur lequel il n'est pas besoin

d'insister : l'hypothèque que l'avant-projet confère au mineur pour sûreté de ses droits est toujours une hypothèque légale et générale dans son essence ; elle porte sur tous les biens du tuteur et garantit toutes les créances que le mineur peut avoir contre celui-ci à raison de la tutelle.

En effet l'article 21 est ainsi conçu :

« Les droits de créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont :

1°

2° Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur ».

Mais il en est de même ici que pour l'hypothèque de la femme : l'hypothèque légale du mineur, générale quant à son titre, est spéciale quant à l'inscription, qui est indispensable à son efficacité.

1° *Spécialisation de l'hypothèque légale du mineur.* — C'est le conseil de famille qui est chargé de spécialiser l'hypothèque légale du mineur, l'article 29 dit en effet :

« A l'ouverture de toute tutelle légale, testamentaire ou dative, le conseil de famille, par délibération motivée, fixe la somme pour laquelle il sera pris inscription dans l'intérêt du mineur ou de l'interdit et désigne les immeubles qui en seront grevés ».

Cette disposition est donc conforme à celle de la loi belge.

Il résulte également de cet article 29 que, comme dans la loi belge, cette spécialisation doit être faite à l'ouverture de la tutelle avant l'entrée en fonctions du tuteur.

Nous pouvons adresser à cette décision les mêmes critiques que celles que nous avons formulées en étudiant le régime belge ; ce système ne sera satisfaisant que lorsqu'il s'agira d'une tutelle déférée par le conseil de famille ; dans ce cas tous les actes de gestion que le tuteur pourra faire seront

garantis par l'hypothèque légale, car le conseil de famille prendra les mesures nécessaires de précaution lors de la nomination du tuteur.

Mais il n'en est pas de même au cas de tutelle légale ou testamentaire ; le tuteur peut administrer les biens du pupille bien avant que le conseil de famille ait procédé à la spécialisation de l'hypothèque légale du mineur. Il aurait fallu rendre inévitable la convocation du conseil de famille, mais malheureusement l'avant-projet ne contient aucune disposition à ce sujet ; il faut donc s'en référer au droit commun et décider que cette assemblée sera réunie sur la requête des parents du mineur, de ses créanciers ou autres parties intéressées ou enfin du juge de paix du domicile du mineur ; il aurait été bon de mettre ce magistrat à même de connaître l'ouverture des tutelles en lui faisant connaître le décès des personnes demeurant dans son ressort ; sans doute des instructions administratives ordonnent de le faire, mais cette obligation n'a rien de légal. Il se peut donc que le juge de paix ne soit pas au courant du fait de l'ouverture d'une tutelle, et cela arrivera souvent, et que les parents du mineur soient négligents, ce qui n'est et ne sera pas moins fréquent : il aurait donc fallu établir une sanction sérieuse contre le tuteur qui s'ingère dans la gestion sans que l'hypothèque soit spécialisée ; sans doute, d'après le droit commun du code civil, le tuteur légal ou testamentaire doit, avant d'entrer en fonctions, convoquer le conseil de famille pour que celui-ci procède à la nomination du subrogé tuteur ; mais la sanction est bien inefficace, puisque le tuteur qui contrevient à cette disposition est simplement passible de la destitution en cas de dol de sa part. Nous avons vu que dans la loi belge cette sanction est également la seule qui existe contre le tuteur qui administre avant la spécialisation de l'hypothèque du mineur.

L'avant-projet est ici un peu plus prévoyant, en ce sens qu'il n'exige pas que le tuteur ait commis un dol pour qu'il puisse être destitué et en ce qu'il punit le père ou la mère tuteur légal contrevenant à la perte de son usufruit légal. Mais il faut remarquer que ces deux peines sont purement facultatives; à notre avis elles sont insuffisantes, il aurait fallu édicter tout d'abord une peine très sévère en condamnant le tuteur à une forte amende, et ensuite et surtout prononcer la nullité des actes faits par le tuteur avant la réunion du conseil de famille à charge par lui de verser des indemnités à ceux à qui cette nullité pourrait être préjudiciable; c'est, à notre avis, la solution la plus sage et la seule qui puisse garantir le mineur.

Quant aux conditions de validité de la délibération du conseil de famille, à l'opposé de la loi belge, l'avant-projet n'exige pas que le tuteur soit entendu ou appelé, mais, comme elle, il veut que cette délibération soit motivée; il n'exige pas qu'elle soit homologuée par le tribunal et il organise des voies de recours qui sont, à peu de chose près, les mêmes qu'en Belgique (art. 34).

L'article 29 de l'avant-projet impose une double tâche au conseil de famille : il doit tout d'abord fixer la somme pour laquelle il sera pris inscription et ensuite désigner les immeubles qui en seront grevés.

Nous avons dit, en étudiant la loi belge, que celle-ci énonçait les circonstances auxquelles le conseil de famille devait avoir égard pour fixer le montant de la somme pour laquelle l'inscription serait prise; l'avant-projet ne contient pas cette énumération, mais il n'en est pas moins vrai que c'est à ces circonstances que le conseil devra se référer : plus ou moins

de fortune du mineur, nature des valeurs composant cette fortune, éventualités de la responsabilité du tuteur.

Nous avons dit également que le plus souvent il serait très difficile à l'assemblée de famille de connaître la fortune du mineur à l'ouverture de la tutelle, car, dans la plupart des cas, cette fortune se compose du montant de la succession ouverte au profit du mineur par le même fait que celui qui a donné naissance à la tutelle; l'importance des biens et valeurs à sauvegarder ne sera donc généralement déterminée que par l'inventaire. L'avant-projet de la commission du cadastre obvie à cette difficulté, à laquelle n'avait pas pensé la loi belge; en effet, l'article 29 autorise le conseil de famille à faire une évaluation provisoire si les biens échus au pupille ne sont pas encore liquidés lors de sa réunion.

Le conseil doit ensuite désigner les immeubles sur lesquels portera l'inscription et nous avons fait remarquer tout le danger qui pourra résulter pour le mineur de la mauvaise grâce du tuteur à faire connaître les immeubles que l'on pourra affecter. La commission du cadastre avait songé un instant à forcer le mauvais vouloir du tuteur en l'obligeant à désigner lui-même les immeubles qu'il pourrait posséder sous peine d'une amende élevée s'il en dissimulait, mais cette disposition ne passa pas dans l'avant-projet définitif, sans que l'on sache exactement pourquoi.

2° *Dispense de l'hypothèque légale du mineur.* — Article 30 : « Le tuteur ne peut être affranchi de toute inscription qu'à la condition de fournir un nantissement suffisant en espèces, rentes ou créances sur l'Etat français, actions, obligations et parts d'intérêt sur lesquelles la Banque de France consent des avances, ou autres valeurs agréées par délibération motivée du conseil de famille. Le subrogé tuteur est tenu de veiller, sous sa responsabilité, à l'accomplissement de cette condition.

» Le conseil de famille peut seulement ordonner qu'il soit sursis à l'inscription ou à la constitution du nantissement jusqu'à ce qu'il en ait été autrement décidé par délibération nouvelle ».

Cet article 30 contient deux dispositions différentes : la première, que nous ne rencontrons pas dans la loi belge et qui est excellente ; la seconde, qui s'y trouve et qui est mauvaise, comme nous l'avons dit dans la partie précédente de ce travail.

La commission du cadastre a voulu que le tuteur pût jouir de la totalité de son crédit immobilier, et pour cela elle a décidé que le tuteur pourrait remplacer l'hypothèque légale qui grève ses biens par un nantissement constitué en rentes ou créances sur l'Etat français, actions, obligations et parts d'intérêts sur lesquelles la Banque de France consent des avances ou autres valeurs agréées par délibération motivée du conseil de famille. Seulement, et c'est là un défaut, ce nantissement n'a été considéré par la commission du cadastre que comme une rançon de l'hypothèque légale, et, par conséquent, comme ne pouvant exister que là où il y a hypothèque légale, c'est-à-dire que lorsque le tuteur possède des immeubles. On peut expliquer cette solution bizarre en se rendant compte du but qu'a poursuivi la commission du cadastre ; elle a simplement voulu rendre toute son élasticité au crédit du tuteur, sans pour cela toucher à la législation actuelle sur les tutelles ; elle n'avait pas mission de rechercher par quels moyens on pourrait assurer la sécurité des mineurs dont les tuteurs n'auraient pas d'immeubles.

Remarquons que ce nantissement n'est pas organisé de la même façon que pour la femme.

Tout d'abord, si le tuteur offre en nantissement les valeurs que le mari peut seules offrir, c'est-à-dire des rentes ou

créances sur l'Etat et des valeurs sur lesquelles la Banque de France consent des avances, le remplacement de l'hypothèque est forcé pour le conseil de famille, si le nantissement offert est suffisant. A l'opposé de ce qui se passe pour la femme, le conseil de famille peut admettre toutes espèces de titres, et on a justifié cette différence entre le tuteur et le mari : c'est que, pour la femme, personne n'est à côté d'elle pour connaître la qualité de ses titres, tandis que le mineur a à ses côtés le conseil de famille dont les membres liés à lui soit par des liens de parenté, soit par des liens d'amitié, auront toujours pour lui l'affection suffisante pour le défendre.

L'article 30 dispose en outre que le conseil de famille peut décider qu'il sera sursis à l'inscription ou à la constitution du nantissement jusqu'à ce qu'il ait été autrement décidé par délibération nouvelle.

Nous avons vu à quels abus les conseils de famille belges s'étaient laissé aller en s'autorisant d'une disposition semblable insérée dans la loi de 1851 ; la commission du cadastre aurait dû s'inspirer de ce précédent pour supprimer la deuxième partie de l'article 30 qui nous paraît bien dangereuse.

3° *Publicité de l'hypothèque légale du mineur.* — L'avant-projet de la commission du cadastre contient ici une solution bien meilleure que la loi belge. Nous avons dit qu'en Belgique, depuis 1851, c'est le tuteur lui-même qui est chargé de l'inscription de l'hypothèque qui pèse sur ses biens, sous la surveillance toutefois du subrogé tuteur. Nous avons vu quelle fut la conséquence de ce système : le ministre de la justice dut, dans une circulaire, recommander beaucoup de vigilance à ses parquets, car il était venu à sa connaissance que beaucoup d'hypothèques concernant les mineurs n'étaient pas inscrites.

La commission du cadastre pensa qu'il valait mieux charger du soin de prendre inscription une personne complètement étrangère au mineur qui n'aurait pas d'intérêt à ménager le tuteur. Ce fut au greffier de la justice de paix qui assiste à la délibération du conseil qu'elle pensa.

Celui-ci doit, dans la huitaine de la délibération du conseil de famille ou de l'ordonnance du juge, même avant tout enregistrement, prendre inscription au nom du mineur ; s'il ne le fait pas, il est passible d'une amende de cent francs sans préjudice des dommages-intérêts envers les parties.

De plus le tuteur et le subrogé-tuteur sont tenus de veiller à l'accomplissement de l'inscription et de la requérir eux-mêmes s'il en est besoin. Enfin l'inscription peut être requise par les parents et alliés du mineur en ligne directe et en ligne collatérale au degré de frère ou sœur et d'oncle ou tante.

Enfin pour plus de garantie l'avant-projet exige que l'inscription une fois prise, il en soit délivré un certificat visé par le juge de paix ou tuteur qui ne pourra faire aucun acte de gestion auparavant, sous peine de pouvoir être destitué de la tutelle et privé de la jouissance légale s'il est le père ou la mère du tuteur.

4° De l'augmentation et de la réduction de l'hypothèque légale du mineur. — L'hypothèque inscrite contre le tuteur au début de la tutelle ou le nantissement constitué par lui en remplacement de cette hypothèque peuvent devenir insuffisants si la fortune du mineur s'accroît ou bien si on a exigé du tuteur une garantie qui n'est pas suffisante pour couvrir ses fautes d'administration, ou bien si les immeubles affectés ont subi un dépérissement.

L'article 31 autorise alors le conseil de famille à prescrire la réquisition de nouvelles inscriptions ou l'augmentation du

nantissement. Remarquons qu'à l'opposé de ce qui est dit pour la femme, qui ne peut pas exiger d'inscriptions sur d'autres immeubles si elle a déterminé dans son contrat ceux sur lesquels s'exercera son droit hypothécaire, le conseil de famille peut prendre des inscriptions nouvelles sur des immeubles jusqu'alors non affectés.

Jusqu'ici ces solutions sont conformes au nouveau droit belge ; mais nous allons trouver une différence qui procède du même esprit que celle que nous avons remarquée à la section précédente à propos de l'hypothèque de la femme.

Quand nous nous sommes occupé des personnes qui, en Belgique, feront connaître au conseil les faits qui donnent lieu à l'augmentation des garanties, nous avons dit qu'on ne pouvait pas trop compter sur le tuteur et que ce ne serait qu'exceptionnellement que les parents du mineur ou ses créanciers ou le juge de paix auraient connaissance des faits donnant lieu à un supplément d'hypothèque et qu'en conséquence la protection du mineur était livrée au pur hasard. La commission du cadastre a voulu obvier à cet inconvénient dans la mesure du possible : son article 32 exige que lorsqu'un notaire reçoit un acte duquel il résulte que de nouveaux droits ou valeurs sont échus à un mineur, il en donne avis sans délai au juge de paix du lieu de la tutelle et qu'il lui fasse parvenir sous pli recommandé un extrait de l'acte ; et l'avant-projet exige que cet envoi soit mentionné en marge de la minute. De la sorte le juge de paix pourra convoquer le conseil de famille et il aura tous les renseignements désirables sur l'augmentation qu'il y a lieu d'accorder au mineur.

L'hypothèque peut devenir excessive au cours de la tutelle et alors le tuteur peut demander qu'elle soit réduite ; comme dans le droit belge c'est le conseil de famille qui autorise cette réduction ; de plus, si la délibération qui accueille

la demande du tuteur n'est pas unanime, elle n'est exécutoire qu'après l'homologation du tribunal.

A l'opposé de la loi belge, l'avant-projet ne contient aucune disposition relative à l'établissement de garanties, distinctes de l'hypothèque légale, car, nous l'avons déjà dit, la commission du cadastre s'est placée au point de vue de l'intérêt du mari et du tuteur, à qui elle a voulu rendre tout leur crédit en cherchant, de façon subsidiaire, à ne pas léser les incapables.

Tel est le projet élaboré par la commission du cadastre en ce qui concerne les hypothèques légales, il renferme d'excellentes solutions, mais il a aussi bien des lacunes; néanmoins, tout bien considéré, il nous paraît de beaucoup préférable à celui présenté par M. Darlan, au sénat.

CHAPITRE II

LES HYPOTHÈQUES LÉGALES DANS LE PROJET DE RÉFORME DU GOUVERNEMENT

Nous avons dit qu'à la suite du dépôt de diverses propositions de loi sur le bureau des chambres par différents parlementaires, le gouvernement, vers 1889, avait institué à la chancellerie une commission chargée de l'étude de la réforme hypothécaire. Ce travail eut pour conséquence le dépôt d'un projet de loi au sénat par M. Darlan, ministre de la justice.

Nous avons dit encore que ce projet, d'après ce que déclare l'exposé des motifs, est inspiré des travaux de la commission du cadastre. Nous allons étudier ce projet en nous attachant simplement à montrer en quoi il diffère de l'avant-

projet de la commission du cadastre. Disons tout de suite qu'il lui est de beaucoup inférieur.

Tout d'abord ses dispositions sont très succinctes et laissent dans le vague ou ne résolvent pas du tout certaines questions qu'il eût été cependant indispensable de solutionner.

Ensuite les mesures qu'il édicte pour assurer l'inscription de l'hypothèque de la femme mariée et du mineur nous paraissent beaucoup moins efficaces que celles contenues dans l'avant-projet de la commission du cadastre.

Enfin nous retrouvons dans le projet du gouvernement la même lacune que celle qui se trouve dans le projet de la commission du cadastre ; il est vrai de dire que dans ce dernier cette omission a été volontaire, cette commission n'avait qu'à rechercher les moyens de donner au mari et au tuteur plus d'élasticité à leur crédit en spécialisant et en rendant publiques toutes les hypothèques qui pèsent sur eux à raison de leur qualité d'administrateur des biens de leur femme ou de leur pupille ; en matière de protection des incapables, elle devait s'en tenir purement et simplement au code civil qui fait de l'hypothèque la base fondamentale de cette protection ; elle n'avait pas à se demander si les intérêts de la femme mariée et du mineur pouvaient être sauvegardés par d'autres moyens ; aussi répéta-t-elle à plusieurs reprises que son rôle ne consistait pas à faire une refonte du code civil en ce qui concerne l'administration des biens des incapables, elle se borne à indiquer que cette refonte serait désirable. Par contre, cette même lacune ne trouve pas la même excuse dans le projet Darlan ; sans doute ce n'est pas dans une loi hypothécaire que l'on peut réformer toute une partie de nos lois existantes, mais il eût été au moins possible, pour donner plus de garanties à ceux à qui la loi promet sa protection, de faire, comme la loi belge et d'insérer certaines dispositions, étran-

gères, il est vrai, à la matière hypothécaire, mais qui eussent remplacé de façon avantageuse ce que l'on détruisait.

Examinons donc les solutions admises par ce projet :

Le principe de la nécessité de la publicité et de la spécialité des hypothèques légales est énoncé dans l'article 17 :

« Toute hypothèque, soit légale, soit conventionnelle, doit être inscrite au bureau de la conservation des hypothèques de la situation des biens. L'inscription ne peut être prise que pour une somme fixe et sur des immeubles désignés ».

Quelles sont donc les mesures édictées par le projet Darlan pour assurer la publicité et la spécialité des hypothèques légales ?

SECTION PREMIÈRE

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

L'article 19-1° dit que tout contrat de mariage doit déterminer la somme pour laquelle la femme aura hypothèque légale sur les immeubles de son mari en raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales.

Contrairement à ce qui est décidé implicitement dans l'avant-projet de la commission du cadastre, la femme ne pourra donc pas prendre hypothèque en vertu de son contrat de mariage à raison des droits qui pourront lui naître au cours de son mariage. A notre avis, cette impossibilité n'est pas mauvaise en droit, car nous avons dit qu'il était bizarre que la femme qui, si elle veut prendre inscription au cours du mariage à raison de droits nouveaux, doit attendre leur naissance, peut néanmoins s'inscrire à raison des mêmes droits en vertu de son contrat de mariage, alors que l'on ne peut pas savoir s'ils existeront un jour. Mais nous avons dit que la décision prise par la commission du cadastre se justi-

fait en fait par la crainte que ses membres ont éprouvée de voir la femme renoncer à toute protection, de peur d'amener des froissements désagréables entre elle et son mari.

De cet article 19-2° il résulte également que la femme doit déterminer dans son contrat de mariage pour quelles sommes elle entend s'inscrire.

De plus, l'article 19-2° exige que le contrat de mariage désigne ceux des immeubles du mari sur lesquels portera l'hypothèque, et il ajoute que si cette désignation n'a pas lieu, l'hypothèque portera sur tous les immeubles présents du mari. Nous ne rencontrons pas cette dernière disposition dans l'avant-projet de la commission du cadastre, mais faisons remarquer qu'elle nous paraît bien inutile : si la femme, en effet, a oublié de spécialiser son hypothèque quant aux immeubles il y a beaucoup de chances pour qu'elle ait commis le même oubli à l'égard des sommes à garantir; n'ayant pas procédé à cette dernière spécialisation, la femme ne pourra donc pas s'inscrire sur tous les immeubles du mari, puisqu'elle n'aura pas rempli toutes les conditions nécessaires à l'exercice de son droit.

Le projet du gouvernement n'oblige pas le notaire à interpellier la femme sur le point de savoir si elle veut prendre hypothèque. L'article 19 contient bien un alinéa aux termes duquel il doit prévenir les parties que l'hypothèque n'aura d'effet que par l'inscription et qu'il doit faire mention de cet avertissement dans le contrat de mariage. Mais pour qu'il y ait lieu à cet avertissement, il faut que la femme ait spécialisé son hypothèque et personne ne lui fera savoir qu'il est bon de le faire; ce paragraphe dit en effet que le notaire doit prévenir les parties que l'hypothèque n'aura d'effet que par l'inscription, il ne dit pas qu'il doit prévenir la femme de l'utilité de la spécialisation de son hypothèque dans le contrat

de mariage. A ce point de vue, l'avant-projet de la commission du cadastre est donc beaucoup plus prévoyant.

Il l'est encore également plus quand il s'agit de la publicité de cette hypothèque ainsi spécialisée. Nous avons vu qu'il veut que ce soit le notaire qui prenne inscription au nom de la femme; du silence du projet Darlan à cet égard on peut conclure que c'est la femme elle-même qui doit veiller à la conservation de son hypothèque. Il va même plus loin que la loi belge, puisqu'il n'impose pas au mari l'obligation de faire le nécessaire à ce sujet; on peut donc dire que les intérêts de la femme seront bien peu souvent garantis.

Arrivons maintenant à l'hypothèque que la femme requiert au cours de son mariage.

Nous allons encore ici constater l'insuffisance notoire du projet Darlan.

Cette question est résolue par l'article 20, qui est ainsi conçu :

« Toute inscription qui pourrait devenir nécessaire pendant le mariage sera prise par le mari ou par la femme elle-même, sans aucune autorisation, sur des immeubles et pour des sommes déterminées.

» Les parents et alliés de la femme en ligne directe et en ligne collatérale au degré de frère, de sœur, d'oncle et de tante pourront requérir l'inscription avec l'autorisation du président du tribunal du domicile du mari ».

Il faut tout d'abord remarquer que cet article ne détermine pas les créances à raison desquelles la femme peut inscrire son hypothèque légale au cours du mariage, ni le moment à partir duquel elle pourra le faire.

Pourra-t-elle s'inscrire pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales si le contrat de mariage n'a pas

pris de mesures pour assurer cette sûreté ou n'en a pris que d'insuffisantes et pourra-t-elle le faire à n'importe quel moment ?

Pourra-t-elle également prendre inscription pour garantir les créances résultant à son profit de faits nouveaux tels que de l'acceptation d'un legs, d'une donation ou d'une succession, du emploi de ses propres aliénés, de l'indemnité des dettes contractées avec son mari, et sera-t-elle obligée d'attendre la naissance de ces droits pour pouvoir prendre les mesures conservatoires indispensables ?

C'est là autant de questions que l'article 20 du projet Darlan laisse dans le vague et ne résout pas.

Remarquons, toutefois, que cet article 20 renferme une supériorité sur l'avant-projet de la commission du cadastre. Nous avons vu plus haut que celui-ci, dans son article 23, disait que, lorsque l'hypothèque légale a été restreinte à certains immeubles par le contrat de mariage, la femme ne peut pas requérir d'inscriptions supplémentaires sur d'autres immeubles du mari, à moins que ceux affectés par contrat de mariage n'aient subi un dépérissement notable ou que l'inscription n'ait cessé d'avoir effet à son profit. Nous avons dit que cette disposition nous paraissait mauvaise parce que, pour ainsi dire, elle punissait la femme de sa prévoyance. Nous ne rencontrons pas cette restriction regrettable dans le projet Darlan et c'est là un des rares points sur lequel on peut le dire supérieur au projet de la commission du cadastre.

Qui procédera à la spécialisation de cette hypothèque ?

D'après l'article 20 du projet Darlan, c'est le mari lui-même ou la femme qui doivent déterminer sur quels immeubles et pour quelles sommes l'inscription sera requise. Autrement dit, c'est la femme qui est chargée de ce soin, car jamais le

mari ne s'avisera de requérir l'hypothèque sur ses biens. Nous ne retrouvons pas la disposition prévoyante de l'avant-projet de la commission du cadastre qui exigeait que chaque fois qu'un notaire recevrait un acte d'où pourrait résulter un droit nouveau de créance pour la femme, celle-ci devrait être interpellée par lui sur la question de savoir si elle entend inscrire son hypothèque. La femme en est donc réduite à sa seule initiative et ce ne sera que très rarement qu'elle prendra une décision qui pourra être désagréable à son mari.

Sans doute, le deuxième paragraphe de notre article 20 autorise certaines personnes à prendre inscription au lieu et place de la femme; mais ce ne sera qu'à la dernière extrémité qu'elles se décideront à agir, car le plus souvent elles se soucieront peu d'intervenir : elles craindront d'amener certains froissements entre les époux.

Les personnes que l'article 20 autorise à requérir inscription sont les parents et alliés de la femme en ligne directe et en ligne collatérale au degré de père, de sœur, d'oncle et de tante; ce projet est donc moins large que celui de la commission du cadastre puisqu'il ne comprend ni les parents et alliés du mari, ni les créanciers de la femme.

Quant à la publication de l'hypothèque, c'est la personne qui s'est chargée de la spécialisation qui le sera également de cette publication et, comme dans l'avant-projet de la commission du cadastre, le mari ou la femme peuvent agir sans aucune autorisation tandis que les autres personnes doivent se faire accorder la permission par le président du tribunal civil qui déterminera les immeubles qui seront grevés et pour quelles sommes ils le seront.

En ce qui concerne la réduction de l'hypothèque légale, les deux projets renferment des solutions identiques.

Le projet Darlan admet également la faculté, pour les

époux, de remplacer l'hypothèque légale par un cautionnement et on la trouve dans l'article 21 :

« L'hypothèque légale de la femme peut être remplacée en tout ou en partie par un cautionnement dont les conditions sont déterminées soit par le contrat de mariage, soit par le tribunal du domicile du mari statuant en chambre du conseil sur simple requête ».

Le remplacement peut donc se faire par contrat de mariage et alors les époux en régleront eux-mêmes les conditions.

Il peut se faire également au cours du mariage et, dans ce cas, la commission du cadastre exige le consentement de la femme. Le projet Darlan ne parle pas de cet accord et on est en droit de se demander si le mari pourra se passer du concours de sa femme; c'est là une lacune regrettable.

Le projet gouvernemental contient une autre différence. Nous avons dit que la commission du cadastre exige que ce remplacement soit fait par acte notarié; le notaire guidera la femme dans ce remplacement, comme il l'avait déjà fait pour la spécialisation de son hypothèque. Le projet Darlan, quant à lui, décide que les conditions de ce remplacement seront réglées par l'autorité judiciaire qui solutionnera la question de savoir quelles valeurs doivent être admises, si le cautionnement sera équivalent ou supérieur au montant de l'inscription remplacée et quelles seront les mesures à adopter pour l'administration du gage.

SECTION II

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

L'article 24 du projet Darlan est ainsi rédigé :

« L'hypothèque légale des mineurs doit être inscrite à la diligence du tuteur ou du subrogé tuteur, dans le mois de la

délibération qui aura désigné les immeubles sur lesquels l'hypothèque devra porter et fixé la somme pour laquelle l'inscription sera prise.

» Le subrogé tuteur est tenu sous sa responsabilité de veiller à ce que l'inscription soit prise ou de la prendre lui-même ».

Ici encore c'est donc le conseil de famille qui est chargé de spécialiser l'hypothèque légale du mineur; mais, chose étrange, notre article 24 ne dit pas quand cette assemblée doit faire cette spécialisation; il n'exige pas que cette dernière soit opérée à l'ouverture de toute tutelle, avant l'entrée en gestion du tuteur et par ce fait le mineur courra un bien grave danger auquel on aurait pu facilement le soustraire. Le projet Darlan n'oblige même pas le tuteur à requérir la convocation du conseil de famille. On peut affirmer sans crainte de se tromper que les intérêts du mineur seront livrés au pur hasard et qu'ils seront très rarement garantis; sans doute, si la tutelle est dative, le conseil de famille spécialisera l'hypothèque par la même délibération que celle par laquelle il nommera le tuteur; mais si, au contraire, la tutelle est légale ou testamentaire, le tuteur n'encourra que la déchéance inscrite au code civil, s'il ne convoque pas l'assemblée de famille, c'est-à-dire la destitution, facultative en cas de dol seulement : c'est complètement insuffisant.

La tâche du conseil est double; il doit déterminer les immeubles sur lesquels l'inscription sera prise et les sommes que cette inscription devra garantir. Ici encore, nous pouvons constater une nouvelle supériorité de l'avant-projet de la commission du cadastre; nous avons dit, en étudiant cet avant-projet, que, pour déterminer le montant de l'hypothèque, il fallait considérer la fortune du mineur et que l'importance de cette fortune, le plus souvent, n'apparaîtrait

qu'après la confection d'un inventaire; l'avant-projet en question autorise, dans ce cas, une inscription provisoire; nous ne trouvons rien de semblable dans le projet Darlan, qui n'édicte absolument rien à ce sujet.

De plus, le projet de réforme de 1896 n'exige pas que la délibération par laquelle le conseil spécialise l'hypothèque soit motivée et il n'organise pas des voies de recours spéciales contre cette délibération.

Il autorise également le conseil de famille à dispenser le tuteur de l'inscription ou à déclarer qu'il y sera sursis; mais il exige l'avis favorable du juge de paix et permet à tout membre du conseil de faire opposition à cette délibération dans la huitaine.

Il laisse également au tuteur qui veut affranchir ses immeubles de l'hypothèque légale la faculté de la remplacer par un cautionnement : c'est le conseil de famille qui règlera les conditions de ce remplacement et qui décidera quelles valeurs seront admises à constituer le nantissement, sans que certaines valeurs soient imposées par la loi comme devant être admises, ainsi que cela est prescrit dans l'avant-projet de la commission du cadastre pour les rentes et créances sur l'Etat et les titres sur lesquels la Banque de France consent des avances.

C'est surtout en ce qui concerne la publicité de l'hypothèque légale du mineur que le projet Darlan se montre peu soucieux de la sauvegarde des intérêts de ce dernier : il suit en effet les errements de la loi belge en obligeant uniquement le tuteur à prendre inscription sous la simple surveillance et responsabilité du subrogé tuteur, et même il surenchérit sur l'imprévoyance de cette loi puisqu'il n'autorise aucune personne autre que le tuteur et le subrogé tuteur à prendre inscription. Enfin il n'édicte aucune peine contre le tuteur qui

ne remplit pas son devoir et lui donne un délai d'un mois, ce qui, à notre avis, est beaucoup trop long. Voilà des dispositions bien imprudentes qui risqueraient de compromettre la fortune du mineur si jamais elles étaient adoptées sans modification.

Enfin l'article 27 dit que dans les cas où les garanties données au mineur ou à l'interdit seraient devenues insuffisantes, le conseil de famille pourra exiger une augmentation du cautionnement ou l'extension de l'hypothèque à d'autres immeubles. Nous avons trouvé une disposition analogue dans l'avant-projet de la commission du cadastre, mais de même que pour l'inscription de l'hypothèque à prendre au cours du mariage pour la femme, le projet Darlan ne reproduit pas l'article 32 de cet avant-projet aux termes duquel le notaire qui reçoit un acte duquel il résulte que de nouveaux droits ou valeurs sont échus à un mineur doit en donner avis sans délai au juge de paix du lieu de la tutelle. C'est donc encore une protection de moins pour le mineur.

Le projet Darlan autorise enfin le tuteur à demander la réduction de l'hypothèque légale ou du cautionnement qui l'a remplacée; quand ils sont excessifs, c'est le conseil de famille qui doit décider à ce sujet, mais il doit avoir l'avis conforme du juge de paix.

Remarquons toutefois que le projet du gouvernement contient une amélioration sur l'avant-projet de la commission du cadastre. Son article 26 nous dit, en effet : « Si le tuteur ne possède pas d'immeubles ou si ses immeubles sont insuffisants, le conseil de famille peut lui imposer un cautionnement à la réalisation duquel le subrogé-tuteur est tenu de veiller ». Cet article 26 tente d'organiser la protection du mineur sans avoir recours à l'hypothèque légale; tenant compte de ce fait qu'aujourd'hui la plupart des fortunes sont purement

mobilières, il a voulu néanmoins que le mineur fût pourvu d'un recours efficace contre le tuteur : mais cette disposition contient un bien grave défaut ; le conseil de famille, en effet, ne sera pas obligé d'exiger du tuteur un cautionnement si le tuteur ne possède pas d'immeubles ou n'en possède que d'insuffisants, cette ressource est pour lui facultative et n'est considérée par le projet Darlan que comme un pis aller si on ne peut pas prendre hypothèque. Telles sont les dispositions de ce projet au sujet du mineur.

CHAPITRE III

APPRÉCIATION CRITIQUE DU PROJET DARLAN ET DE L'AVANT-PROJET DE LA COMMISSION DU CADASTRE

A notre avis, si un projet doit être adopté, c'est celui de la commission du cadastre qui, sans aucun contredit, doit l'être. Cet avant-projet, en effet, est de beaucoup supérieur au projet Darlan.

Ces deux projets procèdent tous deux du même principe : assurer au mari et au tuteur un crédit certain ; mais alors que la commission du cadastre se montre respectueuse des droits des incapables qu'elle cherche à garantir, le projet Darlan, quant à lui, paraît en faire fi. Le contraire aurait dû se produire : la commission du cadastre avait été réunie pour étudier l'établissement des livres fonciers en France, elle devait modifier le régime hypothécaire pour le mettre d'accord avec les principes de publicité et de spécialité qu'exige ce système de publication des droits réels immobiliers ; ce n'est donc que très accessoirement qu'elle avait à s'occuper de la protection

des incapables; au contraire le projet gouvernemental qui modifie toute une partie du code devait s'intéresser à la question de savoir s'il n'y avait pas lieu d'en modifier une autre pour ne pas créer d'injustice par ce remaniement : c'est ce qu'il ne fait pas, et il en résulte forcément que les incapables, dans la plupart des cas, se verront privés de toute garantie.

Leur protection, en effet, repose tout entière sur leur hypothèque légale, et pour que cette hypothèque leur donne toute sécurité, il faut qu'elle réunisse deux choses essentielles.

Il faut que l'on soit certain, autant que possible, qu'elle sera spécialisée et inscrite.

L'avant-projet de la commission du cadastre organise, pour ainsi dire, une spécialisation et une publicité automatiques, en faisant intervenir le notaire ou le greffier de la justice de paix dans le plus grand nombre de cas possibles et en édictant contre ces officiers publics qui failliraient à leurs devoirs des sanctions sévères. Sans doute, en ce qui concerne la spécialisation de l'hypothèque légale du mineur en cas de tutelle testamentaire ou légale, nous avons vu que cet avant-projet était insuffisant; mais il n'en est pas moins vrai que lorsque cette spécialisation sera faite, on aura la certitude que l'inscription sera prise. Quant à l'hypothèque de la femme et à celle du mineur en cas de tutelle dative, on peut dire sans grande exagération qu'elle sera toujours spécialisée et inscrite.

Nous ne pouvons pas produire la même assertion en ce qui concerne le projet Darlan; bien au contraire nous avons la conviction que si ce projet est adopté tel qu'il est rédigé actuellement, ce ne serait que par hasard que les hypothèques légales seraient spécialisées et inscrites. Ce projet laisse en effet, en ce qui concerne la femme mariée, celle-ci agir seule ou à peu près pour s'assurer la conservation de ses droits et

pour l'hypothèque légale du mineur on peut affirmer qu'il la laisse entièrement à la discrétion du tuteur et du subrogé-tuteur, contre qui il n'édicte pas des peines sévères s'ils ne remplissent pas leurs obligations.

Nous concluons donc à l'adoption du premier avant-projet, mais nous verrions cependant avec plaisir y introduire diverses dispositions qui combleraient certaines lacunes que nous avons indiquées quand nous l'avons étudié. Ce que, à notre avis, on devra surtout y ajouter, c'est l'obligation où se trouveront le mari et le tuteur de constituer un nantissement comme garantie de leur gestion s'ils n'ont pas d'immeubles à offrir en garantie.

Mais nous déclarerons par contre que l'adoption du projet Darlan amènerait la ruine des incapables.

D'ailleurs ce projet a été formellement condamné par la Cour de cassation. C'est pour satisfaire au désir exprimé par la commission du sénat, que le garde des sceaux, le 15 novembre 1897, demanda l'avis de ce corps judiciaire au sujet de la réforme hypothécaire. La Cour de cassation nomma une commission dont le rapporteur fut M. Cotelle; elle adopta les conclusions du travail de ce dernier en chambre du conseil le 29 décembre 1898.

Voici comment s'exprime M. Cotelle dans son rapport :

« Relativement aux hypothèques légales, un seul membre de votre commission s'est déclaré partisan convaincu de la réforme proposée. Sans contester l'importance de ce mouvement d'opinion qui s'est produit dans le même sens chez des nations très éclairées, ni l'avantage qui s'attacherait pour la sûreté des achats et des prêts, par conséquent pour la facilité de la vente et de l'emprunt, à ce que toutes les hypothèques fussent publiques et spéciales, tous les autres membres inclinent à penser que, dans l'état d'esprit qui domine en France,

et si l'on met en balance les intérêts engagés, il y aurait plus de témérité que de vraie sagesse et de profit réel à faire dépendre la sauvegarde de la fortune des femmes et des incapables de formalités dont l'observation est très faiblement assurée par le projet de loi ».

Et plus loin il ajoute :

« La majorité de votre commission estime que sous la réserve d'améliorations de détail, les hypothèques de la femme et du pupille doivent continuer à être dispensées d'inscription ».

Enfin, M. Léopold Thézard, rapporteur de la commission du sénat, chargé d'examiner le projet de loi sur la réforme hypothécaire, ne se montre pas non plus très partisan de ce projet. Dans son rapport déposé le 29 mars 1904, en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme mariée et après avoir analysé les dispositions du projet dont il constate l'insuffisance, il conclut en ces termes :

« Il ne paraît pas en somme y avoir de milieu entre ces deux solutions :

» Ou la suppression totale de l'hypothèque légale de la femme, désormais considérée comme responsable, et avec la possibilité pour elle de stipuler des garanties conventionnelles dans les termes du droit commun ;

» Ou le maintien de la situation privilégiée qui lui a été faite par le code, avec tous les caractères qui en sont la conséquence nécessaire.

» Le système du projet constitue une solution équivoque et sans précision, qui n'atténuerait qu'en apparence les défauts du système actuel et deviendrait féconde en difficultés nouvelles ».

Au sujet de l'hypothèque légale du mineur, il dit :

« C'est au prix de complications nombreuses que le projet

tente de concilier la protection des intérêts du mineur avec les règles de la spécialité et de la publicité qui ont elles-mêmes ce double objet : 1° de ménager le crédit du tuteur ; 2° de donner toute sécurité aux tiers appelés à contracter avec lui ».

CONCLUSION

Au cours de cette étude, nous avons pu nous rendre compte des difficultés en face desquelles le législateur se trouve pour résoudre le problème de la spécialité et de la publicité des hypothèques légales des femmes mariées ou des mineurs dans des systèmes qui admettent que ces hypothèques sont le seul moyen de protection des incapables.

Nous avons pu constater qu'il était peu commode d'arriver à obtenir la certitude que ces hypothèques seront spécialisées et inscrites; nous avons trouvé des lacunes regrettables aussi bien dans la loi belge que dans les projets de réforme français qui risquent de compromettre les intérêts de ceux que la loi veut défendre.

Et quand bien même il nous serait permis de dire que la spécialisation et la publicité seront choses certaines, il n'en est pas moins vrai que ces systèmes se heurtent à une double difficulté pour ainsi dire insurmontable; tout d'abord ce sera celle de savoir où sont situés les immeubles que l'on veut grever et ensuite ce sera celle de la détermination des sommes pour lesquelles il doit être pris inscription.

Enfin la loi belge et les projets de réforme français poursuivent deux buts différents qui, à notre avis, ne peuvent pas se concilier; d'un côté ils veulent assurer la protection de la femme et du mineur par l'hypothèque légale, il faut donc s'assurer que l'inscription sera prise; et d'un autre côté ils veulent donner un plus large crédit au tuteur ou au mari; nous affirmons que ces deux données du problème sont tel-

lement incompatibles qu'elles ne nous permettent pas de résoudre le problème qu'elles posent.

En effet que se passe-t-il?

De deux choses l'une, ou bien l'hypothèque des incapables sera inscrite, ou bien elle ne le sera pas.

Dans la première hypothèse l'incapable sera bien sauvegardé, mais le tuteur ou le mari verra son crédit anéanti du coup, puisque son immeuble sera grevé définitivement et qu'il n'aura même plus la faculté de recourir à la purge en cas d'aliénation; sa situation sera donc plus mauvaise que sous le code civil.

Dans la deuxième hypothèse, au contraire, ce seront les incapables qui seront sacrifiés et les tuteurs ou maris privilégiés.

Pour nous, la solution n'est pas là, il faut chercher le moyen de protéger les incapables, autre part que dans les hypothèques légales; il faudrait s'efforcer de faire moins souvent du mari et du tuteur des débiteurs de leur femme et de leur pupille. On pourrait, par exemple, donner plus de capacité à la femme et ne pas la tenir sous la tutelle perpétuelle de son mari, et faire du tuteur l'agent d'exécution d'une assemblée qui serait préposée à l'administration des biens du mineur, adopter une institution similaire à ce qui existe en Allemagne sous le nom de haute tutelle. On pourrait alors, sans difficulté, supprimer les hypothèques légales et rendre au mari et au tuteur la plénitude de leur crédit en protégeant les incapables d'une façon toute aussi efficace, pour ne pas dire plus, qu'aujourd'hui.

VU : LE PRÉSIDENT DE THÈSE,
AMBROISE COLIN.

VU : *Le Doyen*,
CH. LYON-CAEN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

Histoire de la publicité et spécialité hypothécaires principalement en ce qui concerne les hypothèques légales.

CHAPITRE PREMIER. — Droit grec	5
CHAPITRE II. — Droit romain	9
<i>Section I.</i> — Publicité et spécialité des hypothèques en général	9
<i>Section II.</i> — Protection des intérêts des incapables. Leur hypothèque légale.	18
CHAPITRE III. — Ancien droit français	30
<i>Section I.</i> — Origine de l'hypothèque : sa spécialité et sa publicité. Sa théorie définitive au XVIII ^e siècle, sa généralité et sa clandestinité . . .	30
<i>Section II.</i> — La publicité hypothécaire dans les coutumes de nantissement	33
<i>Section III.</i> — Tentatives de réforme en faveur de la publicité hypothécaire.	42
CHAPITRE IV. — Droit intermédiaire	52
<i>Section I.</i> — OEuvre des Assemblées constituante et législative	52
<i>Section II.</i> — Décret du 9 messidor an III.	54
<i>Section III.</i> — Loi du 11 brumaire an VII.	58

DEUXIÈME PARTIE

Les hypothèques légales dans le code civil et les projets de réforme français jusqu'à la réforme partielle de 1855.

CHAPITRE PREMIER. — Des hypothèques légales dans le code civil	62
<i>Section I.</i> — Discussion du code civil.	62
<i>Section II.</i> — Dispositions du code civil réglementant les hypothèques légales	70
1 ^o Dispositions relatives à la publicité	70
2 ^o Dispositions relatives à la spécialité.	73

	Pages
<i>Section III.</i> — Appréciation des dispositions du code civil	76
CHAPITRE II. — Mouvement de réaction contre les dispositions du code civil.	85
<i>Section I.</i> — Critiques de notre code formulées par les jurisconsultes. .	85
<i>Section II.</i> — OEuvre du gouvernement.	89
Résultats de l'enquête de 1841.	90
Essai de réforme sous Louis-Philippe.	98
CHAPITRE III. — Le projet de loi de 1850.	101
<i>Section I.</i> — La réforme hypothécaire devant la commission spéciale, le conseil d'Etat et la commission de l'Assemblée nationale	101
<i>Section II.</i> — La publicité et la spécialité des hypothèques légales dans les projets de 1850.	108
<i>Section III.</i> — Avortement du projet de réforme de 1850.	123
CHAPITRE IV. — La réforme partielle de 1855	126

TROISIÈME PARTIE

La publicité et la spécialité des hypothèques légales d'après la loi belge du 16 décembre 1851.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.	129
-----------------------------------	-----

TITRE PREMIER

DES SÛRETÉS DES FEMMES MARIÉES

CHAPITRE PREMIER. — De la protection des intérêts des femmes mariées en général	132
CHAPITRE II. — De l'hypothèque stipulée dans le contrat de mariage.	138
<i>Section I.</i> — Nature de l'hypothèque stipulée dans le contrat de ma- riage	138
<i>Section II.</i> — Des créances garanties par l'hypothèque stipulée dans le contrat de mariage	143
<i>Section III.</i> — Spécialisation de l'hypothèque stipulée dans le contrat de mariage.	151
<i>Section IV.</i> — Publicité de l'hypothèque stipulée dans le contrat de ma- riage	154
CHAPITRE III. — De l'hypothèque non stipulée dans le contrat de mariage. .	156
<i>Section I.</i> — Fondement de cette hypothèque.	156
<i>Section II.</i> — Quand la femme peut-elle requérir inscription pendant le mariage?	158
<i>Section III.</i> — La femme peut-elle renoncer à son droit de requérir ins- cription pendant le mariage?	159
<i>Section IV.</i> — Des créances garanties par l'hypothèque légale non stipu- lée dans le contrat de mariage	161
<i>Section V.</i> — De la spécialisation de l'hypothèque acquise au cours du mariage	165

	Pages
<i>Section VI. — De la publicité de l'hypothèque acquise au cours du mariage.</i>	170
<i>Section VII. — De la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée</i>	176

TITRE II

DES SÛRETÉS DES MINEURS

CHAPITRE PREMIER. — Economie générale du système belge concernant la protection des mineurs.	182
CHAPITRE II. — De l'hypothèque légale du mineur.	186
<i>Section I. — Quelles creances sont garanties par l'hypothèque légale et quels immeubles en sont grevés</i>	186
<i>Section II. — Spécialisation de l'hypothèque légale du mineur</i>	188
1 ^o Qui doit faire cette spécialisation?	188
2 ^o Quand le conseil de famille doit-il spécialiser l'hypothèque légale?	190
3 ^o De la délibération du conseil de famille spécialisant l'hypothèque.	192
4 ^o Comment le conseil de famille doit-il faire la spécialisation?	199
<i>Section III. — Dispense de l'hypothèque légale.</i>	203
<i>Section IV. — Publicité de l'hypothèque légale du mineur.</i>	205
CHAPITRE III. — Des garanties supplétives ou complémentaires de l'hypothèque légale du mineur.	210
CHAPITRE IV. — De l'augmentation et de la réduction des garanties hypothécaires ou autres.	218
<i>Section I. — De l'augmentation des garanties</i>	218
<i>Section II. — De la réduction des garanties</i>	220
CHAPITRE V. — Des garanties indépendantes de l'hypothèque légale	224
CHAPITRE VI. — Du contrôle des tutelles par la magistrature.	227

QUATRIÈME PARTIE

Les projets de réforme français contemporains.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	233
CHAPITRE PREMIER. — Les hypothèques légales de la femme mariée et du mineur dans l'avant-projet élaboré par la commission extraparlémentaire du cadastre.	236
CHAPITRE II. — Les hypothèques légales dans le projet de réforme du gouvernement	268
CHAPITRE III. — Appréciation critique du projet Darlan et de l'avant-projet de la commission du cadastre	279
CONCLUSION	285

